

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

MICHELI DA SILVA DE FARIAS

**AMEAÇA ESPIRITUAL: UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL MARCADA
PELO CARÁTER POTESTATIVO DO JUÍZO PENAL**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2017**

MICHEL DA SILVA DE FARIAS

**AMEAÇA ESPIRITUAL: UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL MARCADA
PELO CARÁTER POTESTATIVO DO JUÍZO PENAL**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor M.^c Bruno Milenkovich Caixeiro.

CACOAL – RO

2017

**AMEAÇA ESPIRITUAL: UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL MARCADA
PELO CARÁTER POTESTATIVO DO JUÍZO PENAL**

MICHEL DA SILVA DE FARIAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.^c Bruno Milenkovich Caixeiro - UNIR - Presidente

Professor (a) - UNIR - Membro

Professor (a) - UNIR - Membro

Conceito:

Cacoal, ____ de dezembro de 2017.

Dedico este trabalho em memória de meu querido avô José Antônio da Silva, por ter sido para mim exemplo de retidão e honestidade e cujas lembranças, felizmente o tempo não foi capaz de apagar.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me dar a força que necessito todos os dias para nunca desistir dos meus sonhos.

Aos meus queridos pais Luiz e Zenilde por todo apoio e incentivo que a mim dispensaram ao longo desta jornada. Pelas constantes orações, pelo amor incondicional e por terem me ensinado desde pequena a importância e o valor do estudo em minha vida.

Aos meus irmãos Felipe Gustavo e Martina por torcerem por mim e por compreenderem os motivos de minha ausência.

Aos meus sobrinhos Victor, Isabela e Pedro, cuja rara presença alegria minha vida e torna os meus dias mais suaves.

Aos parentes e amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para que eu lograsse êxito em alcançar este objetivo.

Ao professor Bruno Milenkovich Caixeiro, por ter aceitado o convite em ser meu orientador, pelos direcionamentos que foram fundamentais para a elaboração desta monografia e por ter me orientado com zelo, compromisso e dedicação.

Aos colegas de classe, com quem tive o privilégio de dividir esta experiência e cuja caminhada e evolução se deram no mesmo compasso.

Por fim, agradeço a quem me dirigiu palavras de incentivo nos momentos em que o cansaço insistia em se fazer presente; a quem por meio de um pequeno e despretenso gesto, afastou a tristeza que nas redondezas teimava em fazer morada; a quem sem se dar conta, tornou-me alguém mais forte e confiante de ser capaz de alcançar as minhas metas.

RESUMO

A presente pesquisa monográfica tem como escopo delinear as características do Estado Democrático de Direito e, em seguida, analisar de forma pormenorizada o acórdão prolatado pelo STJ no REsp. nº 1.299.021, em que foi reconhecido o delito de ameaça espiritual, procurando extrair eventuais pontos controvertidos que serão confrontados com o atual modelo constitucional, em que as garantias fundamentais constituem a base de sua sustentação. Igualmente, pretende-se verificar se à luz do precedente em estudo, a atuação jurisdicional foi conduzida em direção à verdade processual ou dela se afastou, propiciando assim a formação de um juízo crítico acerca do assunto, além de facilitar a compreensão acerca das repercussões decorrentes do referido entendimento jurisprudencial para o Estado Democrático de Direito. Para a sua concretização, elegeu-se de forma predominante o método dogmático jurídico, e em menor grau, o método zetético. Adotou-se a pesquisa bibliográfica e o trabalho ganhou forma a partir do estudo de caso.

Palavras-chave: Ameaça espiritual. Estado Democrático de Direito. Legalidade. Imaterialidade. Verdade processual.

ABSTRACT

The present monographic research has as scope to outline the characteristics of the Democratic State of Right and then, to analyze in detail the judgment rendered by the STJ in REsp. nº 1.299.021, in which the offense of spiritual threat was recognized, seeking to extract any controversial points that will be confronted with the current constitutional model, in which the fundamental guarantees are the basis of its support. It is also intended to verify whether, in the light of the preceding study, the jurisdictional action was conducted towards or removed from the procedural truth, thus providing a critical judgment on the subject, and facilitating the understanding of the repercussions of this jurisprudential understanding for the Democratic State of Law. For its realization, the juridical dogmatic method was chosen predominantly, and to a lesser degree, the zétetic method. We adopted the bibliographical research, and the work took shape from the case study.

Keywords: Spiritual threat. Democratic state. Legality. Immateriality. Process truth.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

Ap. Crim. - Apelação Criminal

CF - Constituição Federal

Des. - Desembargador

Min. - Ministro

REsp. - Recurso especial

Rel. - Relator

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO: DO LIBERAL AO DEMOCRÁTICO	12
1.2 DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL	16
1.2.1 Os efeitos do tempo sobre os sujeitos envolvidos na persecução penal.....	20
1.2.2 Os direitos humanos na Constituição Federal de 1988	22
1.3 O STJ NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL	24
1.3.1 As condições processuais para interposição do recurso especial	25
1.3.2 A função política do STJ	29
1.4 O DELITO DE AMEAÇA ESPIRITUAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.021 DE SÃO PAULO.....	31
1.4.1 O caso concreto e a tramitação processual.....	31
1.4.2 A decisão da corte superior.....	33
2 DA APARENTE DOGMÁTICA À AMEAÇA ESPIRITUAL	36
2.1 O DELITO DE AMEAÇA ESPIRITUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	36
2.2 ELEMENTOS NORMATIVOS, CLASSIFICAÇÃO E PROCESSAMENTO DO DELITO DE AMEAÇA	37
2.3 DA IMATERIALIDADE DO DELITO DE AMEAÇA ESPIRITUAL	40
2.3.1 A crise da legalidade e o arbítrio estatal.....	42
2.3.2 A relevância probatória das palavras da vítima.....	43
2.3.3 A banalização da presunção de inocência	45
2.4 A ATIPICIDADE DA CONDUTA SOB O PRISMA DA TEORIA TRIPARTIDA.....	46
2.4.1 O excesso do poder punitivo estatal pela inobservância da taxatividade penal	48
2.5 A CONTRADIÇÃO DO ACÓRDÃO PELA FLAGRANTE OFENSA À LAICIDADE	50
2.6 A AMEAÇA ESPIRITUAL COMO EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE	51
3 CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS MATERIAIS E FORMAIS DO DELITO DE AMEAÇA ESPIRITUAL	53
3.1 DA BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	53
3.1.1 A noção de verdade no plano epistemológico.....	55
3.1.2 Características da atividade jurisdicional na condução do processo penal	57
3.2 DO CARÁTER POTESTATIVO DO JUÍZO PENAL NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.021	60
3.3 DA VERDADE COMO CONSENSO PARA O STJ	62

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

A escolha do tema proposto decorre da sua atualidade, visto se tratar de acórdão recente; bem como, da importância de se compreender as possíveis repercussões que podem resultar de um pronunciamento jurisprudencial condenatório. Ademais, a eleição da temática também está assentada na afinidade que a autora possui com o Direito Criminal, e da intenção contínua em ampliar seus conhecimentos nesta área.

Objetiva-se analisar o acórdão prolatado no julgamento do REsp. nº 1.299.021, em que o STJ reconheceu o delito de ameaça espiritual, a fim de extrair eventuais pontos controvertidos e, em caso positivo, confrontá-los com o atual modelo constitucional voltado para a tutela das garantias fundamentais. Pretende-se deste modo, verificar se o referido precedente está em consonância com o Estado garantidor das liberdades civis; ou reflete e, por consequência, autoriza o uso excessivo do poder punitivo estatal.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, adotou-se o método dogmático jurídico, visto que a abordagem se refere, sobretudo, à legalidade penal e os desdobramentos resultantes de sua inobservância. Entretanto, também foi utilizado, embora com menor ímpeto, o método zetético, haja vista a relevância de se proporcionar maiores reflexões acerca do assunto. Quanto ao meio de pesquisa, elegeu-se a técnica bibliográfica, na medida em que foram utilizadas obras doutrinárias, jurisprudências e legislação. Ademais, realizou-se um estudo de caso, a partir do qual se desenrolou a pesquisa acadêmica.

O presente trabalho monográfico está dividido, didaticamente, em três capítulos, ao passo que o primeiro procura discorrer acerca dos principais aspectos do Estado Democrático de Direito, com relevo à figura do Estado enquanto titular do poder político, mas também como responsável pela tutela das garantias que necessitam ser asseguradas com vistas à tutelar os direitos humanos e universais. Ademais, propõe-se a expor os aspectos estruturais do Poder Judiciário, com ênfase à função política desempenhada pelo STJ nos julgamentos de sua competência.

No segundo capítulo, serão indicados os pontos controvertidos que foram extraídos a partir da análise do acórdão prolatado pelo STJ, em que restou reconhecido o delito de ameaça espiritual; ao mesmo tempo em que serão apontadas eventuais incongruências entre o posicionamento jurisprudencial e as premissas dogmáticas do Direito Penal e Processual Penal.

Já o terceiro capítulo, abordará acerca da busca pela verdade no processo penal, com destaque para as atividades que necessitam ser realizadas pelo julgador no transcurso deste caminho; bem como, para a importância que a verdade processual desempenha quanto à legitimidade e legalidade das decisões judiciais. Frise-se que tal assunto será discutido à luz do precedente aberto pelo STJ, permitindo assim a formação de um juízo crítico acerca dos fundamentos materiais e formais que lhes dão sustentação, além de compreender as repercussões do referido posicionamento jurisprudencial sobre o Estado Democrático de Direito.

Estima-se que ao final do presente estudo, seja formado terreno fértil a discussões e reflexões críticas sobre o tema, visto que o debate jurídico fortalece o Direito e, inclusive, renova o “saber jurídico”. Finalmente, importa enfatizar que a presente pesquisa abre espaço, sobretudo, para que outras dela sejam derivadas, visto que o assunto, por sua complexidade, não se esgota ao longo das linhas seguintes, para as quais, com grande satisfação, remeto o leitor.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988, ao proclamar a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, inaugurou uma nova perspectiva em termos de valorização das garantias contra o possível arbítrio estatal, bem como, da tutela dos direitos fundamentais. A partir daí, foi possível observar que as mais diversas áreas do Direito, dentre elas, o Direito Processual Penal, passaram a contar com inúmeros instrumentos destinados à observância das liberdades civis.

Sendo assim, cumpre realizar no presente estudo, um escorço acerca da evolução por qual passou o Direito, isto é, as modificações verificadas a seu turno e que resultaram na concepção de Estado Democrático de Direito que hoje vigora. Ademais, é preciso explorar os desdobramentos deste modelo constitucional, pois no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, muitas transformações foram observadas, ao passo que foram ampliadas as limitações ao exercício do poder punitivo estatal.

É preciso compreender a dinâmica da persecução penal, cuja exclusividade pertence ao Estado, mas, sobretudo, verificar as possíveis consequências que dela podem resultar para o arcabouço das garantias constitucionais, e ainda, para a complexa estrutura das instituições estatais que com ela se relacionam.

Com isso, pretende-se traçar o caminho para compreender os aspectos jurisprudenciais relativos ao delito de ameaça espiritual, conforme decisão obtida pelo julgamento do REsp. nº 1.299.021 de São Paulo.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO: DO LIBERAL AO DEMOCRÁTICO

O Estado Democrático de Direito, conforme informa Silva (2007), é fruto da evolução jurídica por qual passou o ente estatal ao longo do tempo. Ou seja, o Estado não “nasceu” na forma em que se apresenta atualmente, transformou-se do Estado Liberal para o Social, e finalmente do Social para o Democrático. Essas transformações foram resultado de muitas reações sociais e propiciaram a elevação dos direitos e garantias fundamentais ao patamar de diretrizes a serem perseguidas pelo Estado brasileiro. Deste modo, convém discorrer brevemente acerca desta evolução.

Tanto o Estado Liberal quanto o Social foram considerados Estados de Direito, que nas lições de Caixeiro (2011) sucederam o chamado absolutismo, cujo exercício do poder se

encontrava centralizado na figura de um soberano, detentor de vontades que estavam situadas em um plano superior aos interesses estatais. Assim sendo, como fruto das Revoluções Francesa e Industrial, operou-se o abandono do absolutismo e a implementação na modernidade do Estado de Direito, representando grande marco no que se refere a busca pelas liberdades, pois a partir daí o Estado passou a agir conforme os anseios da coletividade e não mais de um único ser detentor de todo o poder.

Ressalte-se que o Estado de Direito, na sua essência, apresentava características tipicamente liberais, de modo que passou a predominar o absenteísmo estatal, definido pela mínima interferência do Estado, tanto nas relações individuais como na esfera econômica. Para Silva (2007), a sua ascensão representou um marco importante na história das lutas pela liberdade do ser humano, pois neste contexto é que o Estado deixa de interferir de forma demasiada na vida privada. Ademais, a “divisão dos poderes” passa a ser compreendida como medida essencial para frear pressões de setores contrários a esta nova forma de “pensar” o Estado e, conseqüentemente o Direito, na medida em que garantias e direitos individuais, tais como, igualdade e liberdade se tornam postulados básicos do ente estatal.

Convém destacar ainda que no Estado de Direito Liberal prevalecia o que Silva (2007, p. 112), chama de “submissão ao império da lei”, na medida em que a lei emanada do Poder Legislativo deveria independentemente de seu conteúdo ou de eventuais circunstâncias, ser aplicada e irradiar seus respectivos efeitos, consumando assim a vontade popular que, em tese, estava expressa no texto de lei. Em linhas gerais, não havia preocupação com o conteúdo material das normas e sim com as formalidades que envolviam a sua elaboração. O juiz era “escravo” da lei, embora a atividade jurisdicional estivesse dotada de imparcialidade e independência, pressupondo então autonomia para deliberar jurisdicionalmente.

Ainda com Silva (2007) percebe-se que esta neutralidade estatal, com o passar do tempo, resultou no cometimento de injustiças e no total desamparo do ser humano, o qual se via compelido ao cumprimento da lei em decorrência da intimidação que era realizada pelo poder do Estado. A burguesia, detentora dos meios de produção, transformou-se em classe opressora, caracterizada pelo acúmulo de capitais e pela exploração da “mão de obra” trabalhadora, gerando assim o conseqüente enriquecimento de poucos e o empobrecimento de muitos, como também afirma Caixeiro (2011).

Diante deste panorama, então marcado pelo descontentamento da grande massa populacional, segundo Silva (2007) passou-se a ter a consciência de que ao Estado cabe a realização da justiça social. Ou seja, a partir daí, atribuiu-se ao ente estatal a necessária realização de ações voltadas a retirar o indivíduo da miséria e da situação de esquecimento na

qual se encontrava. Eis que surge o Estado de Direito Social.

Deste modo, o Estado Social, na visão de Silva (2007) é aquele que se caracteriza por buscar a compatibilização entre capitalismo e bem estar social. Por isso, surgem de forma expressa, os direitos econômicos e sociais, cuja meta, em síntese, resulta em proporcionar a dignidade da pessoa humana. Não se aceita mais que o Estado seja neutro e nem que se mantenha distante das mazelas que assolam a população, como se não tivesse nenhuma obrigação na busca pela justiça social.

É preciso lembrar que os indivíduos abrem mão de sua própria autonomia em prol do Estado, que então se torna titular do poder soberano, isto é, age de forma determinante nas esferas política, jurídica, econômica e social. Todavia, o exercício deste poder não é gratuito, pois como resultado passa o ente estatal a figurar como responsável pelo bem estar social de todos. Sobre o assunto, Caixeiro (2011, p. 98-99):

A concepção de Estado que surgia, numa transição não uniforme de Absolutista para de Direito, passou a ser estabelecida de forma que garantisse segurança coletiva pela manutenção da sociedade, isto é, **como contraprestação à ‘aceitação’ pela convivência coletiva, a sociedade passou a exigir do Estado uma prestação de proteção, chamada tutela** (Grifou-se).

Não obstante, o Estado social ter se constituído em grande avanço das sociedades modernas, Silva (2007) ensina que o termo “social” pode sofrer alterações conforme as diversas ideologias passíveis de serem adotadas. Por este motivo, é que o Estado Social, embora tenha figurado também como Estado material de direito, mostrou-se insuficiente para prosperar. Conclui-se que o emprego de valor axiológico às normas jurídicas não foi determinante para proporcionar a manutenção deste modelo, visto que alguns Estados que se diziam sociais, também oprimiram, restringiram direitos e promoveram injustiças. Prova desta afirmação é que os Estados totalitários também foram Estados Sociais e neste sentido:

A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha Franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram ‘Estados sociais’ o que evidencia, conclui, ‘que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e nacional-socialismo (SILVA, 2007, p. 116).

Neste viés, as deficiências apresentadas tanto pelo Estado Liberal quanto pelo Estado Social, fizeram emergir anseios populares por uma nova formatação do ente estatal, pois não se poderia mais conceber a sua neutralidade, tampouco a sua ambiguidade. Isto porque, o Estado neutro, distante, caracterizado pela não interferência na vida privada e na esfera

econômica, ocasionou com a sua postura o completo abandono das classes sociais mais baixas; por outro lado, o Estado ambivalente, que visa buscar a justiça social, mas também permite a consolidação de regimes totalitários, tem a insegurança como traço marcante de sua estrutura.

Nesta esteira reflexiva, obtém-se a concepção jurídico-política do chamado Estado Democrático de Direito, caracterizado pela necessária promoção dos direitos e garantias fundamentais, bem como, pela notável participação do povo nas decisões do Estado. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inicia uma “nova era” ao proclamar em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

O interesse coletivo passa a ocupar lugar de destaque na recente ordem jurídica e para atender a esta nova perspectiva, o Direito necessita passar por transformações. Sobre o assunto Silva (2007, p. 119):

[...] O ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.

Importante frisar também, que esta mudança de paradigma constitucional não passou incólume às alterações advindas do período pós-segunda guerra mundial, caracterizadas, sobretudo, conforme Moraes (2007), pela máxima da valorização dos direitos humanos. O que implica dizer que se passou a compreender os anseios da coletividade como expressão das vontades humanas individuais, mas organizadas em associativismos.

Por conseguinte, verifica-se que a partir da ascensão do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, prescrita ao teor do artigo 3º da lei maior, surge como substrato existencial de toda a ordem jurídica, cabendo ao Estado a sua manutenção. Ademais, conforme ensina Silva (2007), é fundamental compreender a importância deste fundamento constitucional, visto que dele se originam inúmeras garantias, tanto materiais quanto processuais, a exemplo da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório e da duração razoável do processo, todas com relevante importância para o processo penal, conforme se verificará sequencialmente.

Finalmente, convém ressaltar que na atual ordem jurídica, a liberdade do indivíduo figura como regra, sendo assim, não será possível o seu cerceamento sem motivos suficientes que o justifiquem. Emanam, pois, as limitações ao poder de punir do Estado, que somente poderá ser exercido nos casos em que a segregação for indispensável, quando cumpridas todas

as formalidades legais e respeitadas as garantias processuais e materiais a que todo indivíduo é titular, sob pena de a atuação estatal padecer de legitimidade.

1.2 DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL

Observa-se que o Estado Democrático de Direito operou modificações relevantes no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, de modo que se passou a verificar limitações ao poder de punir estatal. Assim sendo, faz-se oportuno discorrer acerca da “liberdade” enquanto garantia a ser perseguida pelo Estado, bem como, sobre as regras constitucionais que têm por fim, evitar o cometimento de eventuais excessos por parte do Estado em matéria penal, como é o caso da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo.

A liberdade é, certamente, uma das garantias mais relevantes para a humanidade e, como se sabe, ao longo da história, guerras e revoltas foram travadas para conquistá-la. Para Silva (2007), a noção de liberdade está intimamente relacionada à busca pela felicidade pessoal, na medida em que não se pode retirar do ser humano, a possibilidade de coordenar os meios que lhe permitam alcançar o seu intento individual.

Existem ainda outras formas de liberdade, as quais são, na sua essência, desdobramentos da concepção de liberdade como possibilidade de coordenação dos meios disponíveis para alcançar a felicidade pessoal. Uma delas consiste na liberdade de locomoção, sendo esta a que mais importa para o presente estudo, visto estar diretamente interligada ao exercício do poder punitivo estatal, por meio do qual, poder-se-á levar o indivíduo ao cárcere ou submetê-lo a outras formas de segregação, que, embora mais brandas, também o atinge de forma significativa. Em suma, trata-se da condenação penal, possibilidade aberta ao Estado para punir quem transgrediu a norma e alterou, com o seu comportamento, a paz social.

Certo é que, em um Estado democrático, republicano e federativo, os direitos humanos e fundamentais são considerados garantias que devem ser perseguidas pelo Estado, não se admitindo o afastamento da liberdade do indivíduo sem que existam motivos suficientes e que tal medida seja de fato indispensável. Em linhas gerais, a liberdade surge como regra e a sua exceção somente poderá se concretizar quando todas as garantias asseguradas ao indivíduo forem devidamente observadas. Consiste em matéria de ordem pública, que por sua vez, não pode ser relativizada.

Deste modo, providências que importem na segregação da liberdade de locomoção, sem que sejam respeitadas todas as regras limitadoras do exercício do poder de punir, são

consideradas, sem sombra de dúvida, contrárias aos postulados democráticos que permeiam o Estado, pois de acordo com Silva (2007, p. 233), “[...] a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral”.

Sendo assim, considera-se importante destacar em um primeiro momento, as características da legalidade, enquanto instrumento que propicia a observância do princípio democrático. Para melhor compreensão, convém ressaltar mais uma vez que o Estado de Direito se caracterizava, dentre outras coisas, pela submissão ao império da lei. Já no Estado Democrático de Direito, como ensina Silva (2007), a lei também consiste em um postulado básico; todavia, neste contexto, para que a lei seja utilizada e aplicada, é preciso que ela esteja de acordo com os ditames da Constituição, isto é, trata-se de legalidade democrática, lastreada por conteúdo eminentemente valorativo e voltado para a garantia dos direitos humanos fundamentais. Neste viés, estar-se-á diante da chamada “legalidade genérica”.

Faz-se necessário ainda mencionar o conteúdo do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 1º do Código Penal, haja vista, ambos estabelecerem o que se chama de “legalidade penal”, sendo esta a impossibilidade de haver crime sem prévia tipificação legal, bem como, de ser aplicada pena sem que antes esteja legalmente cominada.

Do exposto, observa-se que ambas as formas de legalidade, ou seja, a genérica e a penal, constituem verdadeiras garantias individuais, na medida em que por meio delas é possível obter a manutenção do direito de liberdade. Ademais, a legalidade em qualquer de suas formas, é mecanismo indispensável para evitar eventuais dominações e arbitrariedades estatais.

Por conseguinte, convém ressaltar a importância do devido processo legal, o qual deriva logicamente do princípio da legalidade, e se insere no rol das garantias individuais e imprescindíveis à manutenção dos direitos humanos. Sua fundamentação se encontra expressa no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988, em virtude de estabelecer que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens, sem que seja respeitado o devido processo legal.

No entendimento de Lopes Jr. (2015), trata-se de garantia que visa assegurar um processo justo, em que são observadas todas as formalidades legais e processuais. A condenação penal, por resultar no afastamento da liberdade de locomoção individual, há de ser o resultado de um processo conduzido de maneira imparcial e com a observância de todas as regras que visam tutelar o poder punitivo do Estado. Caso contrário, estar-se-á diante do arbítrio estatal.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu 5º, inciso LV, que serão assegurados o

contraditório e a ampla defesa, aos litigantes em processo judicial ou administrativo, bem como, aos acusados em geral. Importante destacar que ambos também consistem em garantias contra os excessos do Estado, mas apesar de figurarem no mesmo dispositivo não se podem confundir.

Conforme ensina Lopes Jr. (2015) é pelo contraditório que se pode confrontar a prova e deste modo, aproximar-se da verdade. Trata-se de garantia por meio da qual os atos praticados e as provas apresentadas no processo são levados ao conhecimento da parte contrária, para assim, oportunizar o seu direito de resposta e, conseqüentemente, o convencimento do julgador. Com base nas informações que lhe são transmitidas, ambas as partes passam a ocupar posição igualitária no processo, pelo menos é o que se espera.

Já a ampla defesa, refere-se à garantia da parte em ser ouvida no processo. Divide-se em defesa técnica e em autodefesa. Sobre o assunto, Cintra *et al.* (2012, p. 65):

No processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, que a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Mas enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio (Const., art. 5º, inc. LXIII). Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório.

Portanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa, embora diversas, estão intimamente relacionadas, não sendo possível pensar em um processo justo sem que as partes tomem ciência das ocorrências processuais, ou ainda, que a elas não seja assegurado o direito de se manifestar.

Outra garantia que não poderia deixar de ser mencionada, é a presunção de inocência¹ que encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, ao prever que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa dizer em outras palavras, que o Estado não poderá exercer o seu poder punitivo em detrimento de qualquer pessoa, sem que antes haja a comprovação de sua culpa, bem como, que todas as possibilidades de se insurgir contra a condenação tenham sido esgotadas.

Deste modo, considerar a presunção de inocência como dever de tratamento, implica dizer que ao inseri-la expressamente na Carta Republicana, o legislador originário conferiu ao

¹ Para Lopes Jr. (2015) é dever de tratamento que atua em duas dimensões, uma interna e outra externa ao processo. Na dimensão interna consiste em um dever de tratamento imposto, enquanto na dimensão externa, trata-se de exigência voltada a garantir a proteção do réu contra formas abusivas de publicidade e também de sua estigmatização precoce.

Estado, especificamente na figura do juiz, a qualidade de titular do dever de considerar todo indivíduo inocente, sempre que em seu desfavor não existirem provas suficientes, ou ainda, quando existirem dúvidas razoáveis sobre a sua culpabilidade.

Entretanto, o plenário do STF decidiu no julgamento do HC 126.292², que após a decisão proferida pela 2ª instância, cujo conteúdo tenha o condão de ratificar a sentença condenatória de 1º grau, a pena aplicada poderá ser antecipada. Ou seja, autorizou o denominado “cumprimento prévio de pena”, na medida em que o indivíduo poderá ser levado ao cárcere para cumprir a reprimenda que lhe foi imposta, ainda que passível de interposição de sucedâneos recursais e ausentes os pressupostos da prisão preventiva.

Em que pese o entendimento jurisprudencial referido, não houve mudanças no texto constitucional, o que tem gerado infindáveis discussões doutrinárias que aqui não serão abordadas por não constituir objeto do presente estudo. O que se quer destacar com isso, é que a liberdade de locomoção, parece ser um dos direitos mais caros ao ser humano, motivo pelo qual a supressão ou mesmo a relativização das garantias voltadas à sua preservação devem ser encaradas com cautela e rigor.

Inserir-se também no rol de garantias em matéria processual penal, a duração razoável do processo, prescrita no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, e segundo o qual, todos possuem o direito de serem julgados em um prazo razoável, bem como, que lhes sejam assegurados todos os meios que propiciem a celeridade da tramitação do processo que figura em seu desfavor.

Lopes Jr. (2015) se refere ao tempo como fenômeno relativo e subjetivo³ e por isso, a demora na tramitação processual pode acarretar consequências drásticas e irreversíveis ao indivíduo. Assim, tem-se como inadmissível que o cárcere em situação cautelar⁴ se prolongue

²“A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (STF, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje. 17.05.2016)

³ Lopes Jr. (2015), afirma que o Direito adota a noção de tempo objetivo, contado pelo calendário e pelos ponteiros do relógio, definido como aquele que acompanha a aplicação da pena. Talvez, seja por isso que no Brasil se verifique processos, cuja tramitação se prolonga por tantos anos. Parece-se ignorar que o tempo decorrido é como a flecha, que lançada não pode retornar.

⁴ Sobre este assunto, vale destacar o polêmico caso envolvendo Bruno Fernandes das Dores de Souza, o goleiro Bruno, que foi condenado pelo juízo do Tribunal de Júri da comarca de Contagem/MG, a 22 anos e 3 meses de reclusão, por homicídio qualificado, cárcere privado e ocultação de cadáver; de modo que teve sua prisão preventiva decretada em 4 de agosto de 2010, cujo recolhimento se deu em 20 de julho de 2010. Todavia, após mais de 3 anos da interposição de Apelação contra a sentença condenatória, sem qualquer manifestação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a defesa interpôs o HC 139.612, alegando excesso de prazo da instrução criminal e requerendo a expedição de alvará de soltura para que o réu aguardasse em casa, sob monitoramento eletrônico, o deslinde processual. Tal requerimento foi deferido em 21 de fevereiro de 2017, pelo Min. Rel. Marco Aurélio em sede decisão monocrática. Entretanto, no dia 25 de abril de 2017, a primeira turma do STF revogou a liminar concedida pelo Relator e determinou o imediato retorno no paciente ao cárcere, local onde ainda permanece em situação cautelar.

de forma demasiada, assim como também não se espera que a estigmatização promovida pela submissão do sujeito à qualidade de réu, ainda que esteja respondendo em liberdade, sofra postergações, pois ao Estado não é conferido o status de “senhor do tempo” de quem quer que seja.

Ademais, os efeitos desta demora, podem tomar proporções ainda maiores, na medida em que, segundo Lopes Jr. (2015), toda vez que o Estado se apossa indevidamente do tempo de alguém, garantias fundamentais são enfraquecidas, a exemplo do que ocorre com o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, além é claro, da inevitável constatação de que esta lentidão faz transcender da figura do réu, os efeitos da possível aplicação da pena.

1.2.1 Os efeitos do tempo sobre os sujeitos envolvidos na persecução penal

Verifica-se que o transcurso do tempo reflete diretamente sobre os sujeitos que, de algum modo, estão envolvidos com a persecução penal. Ou seja, vítima, acusado e o próprio Estado sofrem os efeitos da lentidão dos órgãos encarregados, tanto da investigação quanto do processo penal.

Dito isso, importa destacar que a punibilidade, conforme ensina Mirabete (2011), constitui-se na consequência jurídica da prática delituosa, uma vez que, cabe ao Estado aplicar uma reprimenda ao agente, cuja conduta culpável gerou o crime. Todavia, não se pode deixar ao encargo do Estado a possibilidade de aplicar esta sanção a qualquer tempo, sendo oportuno e adequado lhe impor limitações.

Com Beccaria (1911) verifica-se que com a finalidade de resistir à guerra e viver em paz, foi que os homens cederam as mínimas parcelas de suas liberdades, as quais foram depositadas no que o autor chama de “repositório público”. Posto isso, o conjunto formado por essas mínimas parcelas de liberdade depositadas, dão origem ao dever-poder de punir, cujo exercício caberá ao ente estatal, então dotado de soberania.

Por certo, é que cientes da necessidade de se associarem, os indivíduos se deram conta de que os seus direitos haveriam de ser limitados, e esta limitação somente seria legítima se aplicada por um ser superior, neste caso o Estado. Deste modo, o dever-poder punitivo deve ser exercido pelo ente estatal na exata medida do que lhe foi atribuído, isto é, não pode ultrapassar as parcelas de liberdade que a ele foram cedidas, ao risco de se praticar abusos e não justiça.

Ressalte-se, que o processo surge como instrumento da jurisdição, o que significa

dizer que será por meio dele, que as condutas típicas comprovadamente praticadas serão punidas, não havendo que se falar em restrição da liberdade de locomoção sem o processo penal, que no Estado Democrático de Direito assume a forma de devido processo legal. Sendo assim, não seria razoável atribuir ao Estado a possibilidade de aplicação da reprimenda a qualquer tempo, ou seja, sem observar as consequências que sua inércia pode acarretar.

Neste contexto surge a prescrição, que nas palavras de Nucci (2014, p. 558) consiste na “perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo”. Conforme explica o autor, pode ocorrer antes do trânsito em julgado, tratando-se da prescrição da pretensão punitiva, ou após, configurando-se a prescrição da pretensão executória. O que se quer ressaltar é que deve haver um pequeno espaço de tempo entre o cometimento do crime e a punição do autor, sob o risco desta demora resultar em graves consequências tanto para o réu, como para a vítima e ainda para o próprio Estado. Acerca do assunto, tem-se o seguinte ensinamento de Beccaria (1911, p. 71):

Quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil. **Digo mais justa, porque poupa ao réu os tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza [...]** Esse menor tempo deve ser medido pela necessária duração do processo e pelo direito de anterioridade do réu ao julgamento. **O tempo de recolhimento ao cárcere só pode ser o estritamente indispensável quer para impedir a fuga, quer para que não sejam escondidas as provas do delito.** O próprio processo deve ser concluído no mais breve espaço de tempo possível. Que contraste mais cruel existe do que a inércia de um juiz diante das angústias de um réu? [...] (Grifou-se).

À vista do exposto, percebe-se que a lentidão processual reflete diretamente na “figura” do réu, que incerto de sua condenação ou absolvição, sofrerá a tormentosa angústia de vir a ter sua liberdade segregada a qualquer tempo. As incertezas e as aflições lhe são constantes, enquanto a pecha de réu, ou, por vezes, a de culpado (como nos casos em que a própria sociedade condena antecipadamente o réu), acompanha-lhe pelos dias que durar o feito processual.

Ademais, a vítima também é atingida pela inércia do Estado, na medida em que o distanciamento temporal entre a prática delituosa e a efetiva inserção do agente criminoso ao cárcere ou a aplicação de outra reprimenda compatível, gera para ela a sensação de injustiça. Esse sentimento ganha maiores proporções diante da incidência da prescrição, visto que conduz à extinção da punibilidade do acusado nos termos dos artigos 107, IV e 109, ambos do Código Penal.

Como expõe Mirabete (2011, p. 3), “o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade

e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais [...]”, portanto, tem-se que a vítima é titular do bem jurídico que fora lesado pela conduta criminosa. Sob este viés, torna-se evidente que a demora no trâmite processual acarreta para ela a sensação de abandono pelo Estado, na exata medida em que considera frustrada a tutela de seus direitos.

Por conseguinte, faz-se oportuno destacar também que a demora no trâmite processual, o qual resulta no alargamento do tempo entre delito e pena, podendo, inclusive, tornar esta última inaplicável pelo instituto da prescrição, reflete diretamente na própria sociedade e de igual modo na credibilidade do Estado, mormente dos órgãos que compõe o Poder Judiciário.

Os reflexos na sociedade resultam da dissociação entre delito e pena, isto é, os sujeitos perdem a certeza de que serão punidos se acaso cometerem uma infração. Deixa-se de acreditar na relação de causa e efeito entre o crime praticado e a correspondente pena a ser aplicada. Neste sentido, Beccaria (1911, p. 72):

[...] a prontidão da pena é mais útil porque, quanto mais curta é a distância do tempo que se passa entre o delito e a pena, tanto mais forte e mais durável é, no espírito humano, a associação dessas duas idéias, delito e pena, de tal modo que, insensivelmente, se considera uma como causa e a outra como consequência, necessária e fatal. [...] Da mais alta importância, pois, é a proximidade entre o delito e a pena, se se quiser que, nas rudes e incultas mentes, o sedutor quadro de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da idéia associada à pena. A longa demora só produz o efeito de dissociar cada vez mais essas duas idéias e, também, de causar uma impressão de que o castigo de um delito seja menos a de um castigo que a de um espetáculo [...]

Por derradeiro, tem-se que a demora da persecução penal também gera o descrédito dos órgãos que dela se ocupam. Não se ignora que há casos mais complexos, que por isso demandam mais tempo para serem concluídos, mas ainda estes necessitam ser finalizados dentro do prazo que se entende por razoável diante de tais complexidades. A inércia do Judiciário ou da Polícia, que por sua vez pode ser fatal, haja vista a possibilidade de resultar na extinção da punibilidade pela prescrição, demonstra em última análise, a ineficácia e o fracasso do Estado no exercício de suas funções.

1.2.2 Os direitos humanos na Constituição Federal de 1988

Como se sabe durante a segunda grande guerra mundial, milhares de pessoas foram forçosamente retiradas de suas casas, aprisionadas em campos de concentração, torturadas e assassinadas. Conforme ensina Moraes (2007) após o término da guerra e diante dos estragos que ela deixou, passou-se a programar medidas voltadas para a promoção dos direitos

humanos, e como consequência diversos documentos de caráter internacional foram criados, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos assinada em 1949 e do Pacto de São José da Costa Rica, resultado da Convenção Americana sobre Direitos Humanos realizada em 1969.

Importa ressaltar que esses documentos e tantos outros foram elaborados com a finalidade de garantir em escala global os direitos inerentes ao indivíduo. Não há dúvidas de que o legado catastrófico deixado pela segunda guerra mundial fez o mundo despertar para a importância e a necessidade de proteger o ser humano em todos os seus aspectos, pois não seria mais possível conceber que em nome de ideologias ou outras motivações, fosse ele privado de sua própria vida, de sua liberdade e de sua dignidade humana. Em linhas gerais, no período que sucedeu a segunda guerra mundial, os direitos humanos surgem como elemento central da Ordem jurídico-política Internacional.

Todavia, Moraes (2007) explica que os documentos ora referidos, embora consagrem direitos do homem, não possuem por si só força normativa, o que implica dizer que seus dispositivos somente irão surtir efeitos para a ordem interna dos Estados soberanos, na medida em que estes manifestarem expressamente o seu consentimento. Neste ponto, interessa frisar o conteúdo dos §§ 2º e 3º da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Como se verifica, o legislador estabeleceu que, embora não constem no texto constitucional, alguns direitos consagrados em documentos internacionais de que o Brasil é signatário, deverão ser observados como se expressos na lei maior estivessem. Ademais, os tratados que versam sobre direitos humanos e que forem incorporados à ordem interna com obediência à regra insculpida no § 3º da Constituição Federal, serão equiparados às emendas constitucionais, o que implica dizer que o Estado brasileiro reconheceu como de elevada importância a manutenção e concretização dos direitos desta natureza.

Por conseguinte, vale ressaltar ainda que o disposto no artigo 5º, §5º da Constituição Federal de 1988, estabelece que nos casos que envolver grave violação de direitos humanos, o Procurador Geral da República poderá suscitar junto ao STJ o deslocamento de competência para a justiça federal, a fim de assegurar com isso o cumprimento de obrigações pactuadas em

diplomas internacionais de que o Brasil figura como parte. O disposto neste dispositivo evidencia a importância que desempenha a corte superior na defesa dos direitos e garantias fundamentais, além de demonstrar a importância que matéria dessa natureza possui na ordem constitucional vigente.

Importa ressaltar, finalmente que a partir da análise do conteúdo dos dispositivos acima mencionados, é possível perceber que o Brasil, ao menos formalmente, não passou imune às mudanças advindas da emergente política internacional, cujas bases estruturais se constituem na proteção integral do ser humano, bem como, na promoção de seus direitos e garantias fundamentais. Disso resulta que direitos como a liberdade em todas as suas formas e, notadamente, a que se refere à locomoção do indivíduo, estão sujeitos à tutela do Estado a quem caberá o encargo de desenvolver e aplicar medidas que sejam suficientes ao seu pleno exercício e preservação.

1.3 O STJ NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

O STJ é órgão que compõe o Poder Judiciário conforme dispõe o artigo 92, inciso II, da Constituição Federal de 1988, enquanto sua composição se encontra definida no artigo 104, parágrafo único, incisos I e II, do mesmo diploma normativo, *in verbis*:

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. **Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:**

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94 (BRASIL, 1988). (Grifou-se).

Como se infere do conteúdo em destaque no dispositivo supracitado, os membros integrantes do STJ, sem prejuízo dos que compõe o STF são nomeados pelo Presidente da República, entre indicados em listas fornecidas pelas respectivas categorias e após aprovação pelo Senado Federal.

Do exposto, percebe-se a nítida influência do poder político discricionário neste processo de escolha, uma vez que ambos os poderes dele participam, isto é, senado federal enquanto representantes dos estados membros que compõe a federação, e “casa” que integra o

Poder Legislativo, bem como, o presidente da República, sendo este, líder do Poder Executivo, a quem cabe o desempenho da função de chefe de governo e de estado ao mesmo tempo.

Ressalte-se que a criação do STJ é medida inovadora da Constituição Federal de 1988 e no organograma do Poder Judiciário está situado logo abaixo do STF. Conforme ensina Cintra *et al.* (2012, p. 213) ambos os tribunais são intitulados como “*órgãos de superposição*”, isto porque, sobrepõe-se às demais instâncias judiciais, ao passo que lhes cabem proferir a última palavra decisória sobre todas as causas de suas competências.

Outro ponto, ao qual se deve dar importância, consiste no fato de que juízes são humanos, e como tais, passíveis de cometerem erros e proferirem decisões equivocadas. Por esta razão, de forma acertada, a Constituição Federal de 1988, nos exatos termos de seu artigo 105 e seguintes, conferiu ao STJ, por meio do julgamento dos recursos especiais interpostos, a competência para tutelar a lei federal, bem como, unificar a interpretação do direito aplicado.

A criação da STJ e a sua atuação na atual ordem constitucional, representa mais uma garantia ao jurisdicionado, que pode ter sua demanda decidida por membros do Poder Judiciário que contam, em tese, com notório saber jurídico, e que pela posição que ocupam não se espera outra coisa senão decisões coerentes com os postulados constitucionais.

Destaca-se também que ao julgar decisões conflitantes entre Tribunais no que se refere à interpretação da lei federal, o STJ proporciona, sem sombra de dúvida, maior segurança jurídica, ao passo que uniformiza a aplicação do Direito pelos órgãos jurisdicionais atuantes em estados-membros diversos na Federação. Assim, promove a igualdade entre todos os indivíduos que estão aderidos à base territorial brasileira e, em larga medida, confere sustentação ao aspecto territorial da própria Federação.

Em suma, por meio de sua atuação, a corte superior proporciona a unicidade das decisões prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, gera segurança jurídica e contribui para reafirmar o aspecto territorial da Federação, na medida em que seria inviável pensar em estados-membros aplicando o Direito de forma distinta dentro da unidade federativa. Em última análise, a sua atuação também repercute diretamente na estrutura organizacional do próprio Estado, como se verá mais adiante no tópico que se destina a abordar sobre a função política que desempenha.

1.3.1 As condições processuais para interposição do recurso especial

Antes de adentrar às condições processuais para interpor o recurso especial perante o

STJ, entende-se como tarefa relevante e necessária para o presente estudo, tratar acerca do “duplo grau de jurisdição”. Esta abordagem se justifica pela importância de se compreender o funcionamento do sistema recursal, pois não seria adequado passar abruptamente a exposição dos requisitos do recurso especial sem antes indicar o caminho que se deva percorrer para chegar até ele.

Dito isso, importa destacar que para Grinover *et. al.* (2009) o duplo grau de jurisdição está a cargo do jurisdicionado para obter justiça, cuja previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro se encontra no artigo 8, n. 2-h, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo prevista pela Constituição Federal de 1988 apenas de forma implícita⁵. Explica ainda, que os argumentos jurídicos⁶ e políticos⁷ que fundamentam o duplo grau de jurisdição, elevam-lhe ao patamar de garantia inerente às instituições de caráter político-constitucional presente em qualquer regime democrático.

Em síntese, o juiz de primeiro grau, embora independente está passível de ter a sentença por ele prolatada, modificada a pedido da parte que se sentiu lesada. Assim, convém ressaltar que, conforme ensina Grinover *et. al.* (2009) o duplo grau de jurisdição se perfectibiliza, como regra, perante a segunda instância, mas fato é, que a garantia de se insurgir contra o pronunciamento jurisdicional aí não se esgota. Neste sentido, é importante ressaltar a atuação dos Tribunais Superiores, que tem como escopo, possibilitar a reanálise das matérias de direito abarcadas pelas decisões judiciais proferidas por instância inferior.

Neste contexto é que está inserido o recurso especial, meio de impugnação colocado à disposição de quem venha a se sentir lesado, pelas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiças dos estados, do Distrito Federal e Territórios, bem como, por aquelas que são da lavra dos Tribunais Regionais Federais. No entanto, não são todas e quaisquer decisões que emanadas destes Tribunais, podem figurar como objeto do referido sucedâneo recursal, conforme se extrai da leitura do seguinte dispositivo constitucional:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância,

⁵ Foi ratificada pelo Brasil em 1992 e possui status supralegal, por força do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

⁶ Referem-se à necessidade de atender a parte vencida, que ao se sentir inconformada com a decisão, deseja vê-la reformada e com isso obter justiça, até porque, tal decisão pode realmente estar equivocada, o que torna imprescindível a revisão *ad quem*. Igualmente, o duplo grau de jurisdição se fundamenta juridicamente pelos efeitos que realiza sobre o juiz no momento de proferir a sentença, na medida em que, ao estar ciente da possibilidade de revisão, fica compelido a julgar de forma mais eficiente.

⁷ Visto que as decisões judiciais são atos estatais, cuja observância é obrigatória para as partes, podendo ainda gerar efeitos para terceiros, é que não podem escapar do controle, neste caso, realizado internamente por órgãos da jurisdição diversos da primeira instância. Em suma, visa aferir a legalidade e a justiça da decisão proferida.

pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

(BRASIL, 1988).

Observa-se que o texto constitucional enfatiza que tais decisões necessitam ser prolatadas por única ou última instância, do que se depreende que se estará diante de única instância, nos casos que versar sobre matéria de competência originária; e diante de última instância, quando houver decisão prolatada em sede de primeiro grau, tratando-se, portanto, de competência comum.

Ademais, a impugnação destas decisões, devem se fundamentar em motivos específicos. O primeiro deles corresponde a aplicação contrária a dispositivos constantes em tratados internacionais ou em leis federais; ou então, a não aplicação destes dispositivos, o que significa dizer que a decisão recorrida lhes negou vigência. Neste ponto, deve-se abrir um apêndice para discorrer acerca da exceção apontada por Lopes Jr. (2015) pois para ele as decisões que se contrapõem aos Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos e que tenham sido aprovados nos termos do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, assim como, as que estejam em desconformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (anterior a emenda constitucional nº 45), em razão da índole constitucional conferida a esses diplomas, devem ser impugnadas por Recurso Extraordinário perante o STF.

Também é possível interpor recurso especial contra decisão que considera válido um ato emanado do Poder Executivo, mas que diverge de lei federal. Lopes Jr (2015) ensina que esta disposição não reflete no processo penal. Por conseguinte, o terceiro e último motivo que dá azo à interposição de referido sucedâneo recursal, trata-se de interpretação divergente entre tribunais distintos no que se refere a conteúdo previsto em lei federal. Neste caso, o STJ, exerce papel fundamental na uniformização da jurisprudência com relação à matéria infraconstitucional, e por via de consequência, propicia segurança jurídica, igualdade e efetivação do aspecto territorial da Federação.

Feitas estas pontuações sobre os motivos que podem ensejar a interposição de recurso especial, faz-se necessário destacar que o legislador originário retirou da alçada dos Tribunais Superiores, a competência para analisar matéria fática, restringindo sua atuação, à análise de matéria de direito. Neste sentido, dispõe a súmula número 07 do STJ: “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

Demais disso, existem outros requisitos recursais, cuja abordagem impende ser breve,

a exemplo da tempestividade, que será observada quando o expediente impugnatório for interposto no prazo de 15 dias, nos termos do artigo 26 da Lei nº 8038 de 1990. O preparo que, embora as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, continua sendo requisito para a interposição do recurso especial nos casos de ação penal de iniciativa privada, em decorrência da vigência da Súmula número 187 do STJ: “É deserto o recurso interposto para o STJ, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”.

Com relação ao interesse recursal, Lopes Jr. (2015) se manifesta no sentido de que basta a decisão recorrida estar em desconformidade com Tratado Internacional ou lei federal. Com isso, quer-se dizer que a parte recorrente não precisa se esforçar para demonstrar a existência de prejuízos, visto que estes são presumidos. Outro requisito é o prequestionamento, que significa submeter previamente, a matéria que figura como objeto do sucedâneo recursal ao juízo *a quo*.

Como já destacado anteriormente, o STJ, enquanto órgão de superposição, somente se manifesta quanto à matéria de direito e após terem sido esgotadas todas as possibilidades de impugnação perante as instâncias inferiores. Observa-se que o prequestionamento constitui corolário da função política que exercem os tribunais superiores, pois que ao se manifestarem estão a indicar qual interesse deve prevalecer ou qual deles está em conformidade ou atrito com os fins do Estado.

Para tanto, é imprescindível que seja o tribunal superior o legitimado a dar a última palavra, o que seria incoerente se restasse pendente a manifestação de algum órgão jurisdicional competente com relação ao assunto, ou mesmo que o impasse não fosse antes inserido no cerne de debates jurídicos, os quais demandam ser esgotados⁸.

Do exposto acerca do prequestionamento, observa-se a importância de se promover o debate jurídico sobre as questões suscitadas pelas partes no processo, trata-se de obter as manifestações axiológicas sobre o tema, inclusive das que se verifiquem no âmbito do tribunal *a quo*, para que desta forma, seja possível ao Tribunal Superior, neste caso o STJ, decidir de forma definitiva e ao mesmo tempo legítima.

⁸ Sobre o momento do prequestionamento, Lopes Jr (2015) explica que a parte pode ventilar a matéria, mas somente o tribunal no acórdão por ele prolatado, é que o concretiza. Sendo assim, nos casos em que se verifica omissão do tribunal diante da manifestação da parte pelo prequestionamento, é cabível a oposição de embargos de declaração, cuja finalidade consiste em forçar o tribunal a se manifestar sobre o tema, e até que isso ocorra, não será possível a interposição de recurso especial, nos termos da súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

1.3.2 A função política do STJ

Antes de tratar da função política exercida propriamente pelo STJ, é preciso informar de forma objetiva a conceituação de Estado, visto a sua estreita relação com a política.

Assim sendo, Bonavides (2013) explica que o Estado é o ser supremo que poderá fazer uso da força para alcançar os seus fins ou para resguardar a ordem social. Todavia, a força que o Estado detém em suas mãos, não pode ser utilizada de maneira indiscriminada, pois que precisa ser disciplinada e organizada juridicamente, tarefa que incumbe ao poder que dele emana.

Para Ribeiro Jr. (2001) o poder é visto como a capacidade de atuação do Estado, enquanto a realização deste poder recebe o nome de função. Neste sentido, conclui-se que esta função é de natureza eminentemente política, pois que se destina à concretude dos fins almejados pelo Estado, e com base nisso é que se pode chegar à constatação de que os três poderes, leia-se, Executivo, Legislativo e Judiciário, exercem essencialmente função política.

Com a finalidade de evidenciar a função política exercida pelo Poder Judiciário, é preciso recorrer aos ensinamentos de Dinamarco (1998) para quem a jurisdição é detentora de quatro escopos, quais sejam, o de caráter social, jurídico, econômico e político. Ao discorrer sobre este último escopo, o autor enfatiza que o direito inegavelmente possui fins políticos, os quais podem ser alcançados por meio da utilização do processo, sendo este um instrumento à disposição do ente estatal.

Portanto, o Poder Judiciário não se limita a promover a pacificação social, tampouco a observância da legalidade, pois visa também conduzir o Estado aos fins por ele traçados no texto da lei. Não é demais lembrar que os membros do Poder Judiciário, não são considerados meros servidores estatais, mas sim agentes do Estado, que se encontram ao serviço da paz social, da observância da legalidade, da segurança jurídica, e como não poderia deixar de ser, da promoção das garantias fundamentais de que é titular o indivíduo.

Em síntese, o que se pretende enfatizar é que a função dos membros do Poder Judiciário vai muito além de proferir decisões acerca das demandas que lhe são apresentadas, sendo necessário que estas decisões estejam sempre em conformidade com os anseios estatais. Ademais, não é sem motivos que tais agentes possuem garantias que lhes permitem desenvolver suas funções com autonomia, cuja disposição pode ser encontrada no artigo 95, incisos I a III da Constituição Federal de 1988. Sobre a tarefa do processualista, bem como sua forma de atuação na sociedade atual, tem-se o seguinte:

Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. **É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal.** O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social (DINAMARCO, 1998, p. 153). (Grifou-se).

Neste diapasão, faz-se oportuno frisar que a Constituição Federal de 1988, determinou aos Tribunais Superiores a missão de analisar matéria de direito, retirando de sua alçada a análise de matéria fática. Tal determinação encontra suporte em dois fatores, o primeiro é que a análise de provas há de ser, logicamente, realizada por órgãos que são apresentados à matéria fática objeto do impasse; o segundo consiste no papel de elevada importância exercido pelos Tribunais Superiores no que se refere a defesa dos direitos e à promoção das garantias fundamentais. Neste sentido:

Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição através de normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser afirmados, positivados e efetivados pelos tribunais. E a regulamentação das relações jurídicas, por parte do direito objetivo é frequentemente importante para a solução dos conflitos de interesses. É perante o Poder Judiciário, portanto, que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo (CINTRA *et al.*, 2012, p. 185).

Como se sabe, há decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores, cujo efeito pode ser *erga omnes* ou restrito ao caso concreto, sendo esta última hipótese o que se chama de precedente. Neste cenário, o STJ, ao julgar um recurso especial, pode decretá-lo como representativo da controvérsia, de modo que a sua ementa se constituirá em tese reconhecida pelo Tribunal, cuja aplicação será de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Ademais, uma decisão cujos efeitos se restrinjam ao caso concreto, figurará como precedente, o que significa dizer, que embora sua aplicação não seja obrigatória, os demais órgãos judiciários, caso concordem poderão decidir da mesma forma.

Em linhas gerais, as decisões emanadas do STJ, em sede de recurso especial, poderão via de consequência, determinar atitudes positivas ou negativas por parte do ente estatal. Em síntese, o Poder Judiciário pode determinar, por meio de suas decisões, o rumo das políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado, na medida em que caberá a este se organizar e se estruturar para dar cumprimento às referidas determinações.

Impende ressaltar que além de repercutir diretamente na logística do aparelho estatal, as decisões emanadas do STJ, também tem o condão de corrigir as imperfeições do

ordenamento jurídico, ou até mesmo, de sinalizar qual foi a real intenção do legislador ao promulgar determinado dispositivo, tarefa de suma importância diante da má interpretação que se pode dar ao texto legal.

Portanto, é certo afirmar que suas decisões determinam os rumos das políticas públicas, influenciam na estruturação dos órgãos estatais, corrigem imperfeições do ordenamento jurídico, reafirmam as intenções do legislador quando necessário, além de declarar a relevância de princípios, sejam constitucionais ou legais, e cuja aplicação serve de base para o alcance das finalidades do Estado.

1.4 O DELITO DE AMEAÇA ESPIRITUAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.021 DE SÃO PAULO

O conteúdo que até aqui foi abordado, permite a compreensão de que cabe ao Estado promover a manutenção de garantias fundamentais, isto é, concretizar o disposto no texto constitucional. Para tanto, o ente estatal se organiza tanto estruturalmente, quanto logisticamente, visando com isso, alcançar as suas finalidades de forma eficiente.

Assim sendo, o poder punitivo cujo exercício é exclusivo do Estado, que atua por meio da jurisdição, também necessita ser aplicado de forma racional. Deste modo, toda vez que o indivíduo tem a sua liberdade de locomoção segregada pela incidência do Direito Criminal, ou seja, quando resultar uma condenação penal que lhe prive de exercer direitos, ainda que provisoriamente; é preciso observar se o Estado, na figura de seus órgãos judiciais, agiu de modo racional e dentro de limites que lhe são impostos, a fim de evitar seus eventuais excessos.

Daí a importância de se passar a análise pormenorizada do acórdão prolatado no recurso especial acima referido, em que o STJ reconheceu a ameaça espiritual como delito subsidiário para a prática do crime de extorsão, tipificado ao teor do artigo 158 do Código Penal.

1.4.1 O caso concreto e a tramitação processual

Considera-se de elevada importância, compreender a dinâmica dos fatos e a tramitação processual, relativos a decisão objeto do presente estudo, com vistas à verificação do tipo penal de ameaça. Para tanto, faz-se necessário analisar o conteúdo do acórdão prolatado pelo

Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de Apelação⁹; bem como, o teor do acórdão proferido pelo STJ em sede de recurso especial¹⁰, pressupondo-se a realização do duplo grau de jurisdição e a última análise de vigência da lei penal.

No ano de 2007, a senhora Maria Helena (vítima) com a intenção de cessar fortes dores de cabeça que há tempos vinha lhe acometendo, decidiu procurar Priscila Estefhanovichil a fim de que esta, utilizando-se de seus alegados conhecimentos espirituais, lhe fornecesse a cura.

Todavia, após aceitar os serviços, Priscila informou à Maria Helena que os seus problemas de saúde estariam sendo causados por dois espíritos e para afastá-los, cobrou e recebeu a quantia de R\$ 280,00 (duzentos e oitenta reais). Em ocasião diversa, Priscila informou que precisaria comprar uma vela com peso equivalente ao peso de Maria Helena, com a finalidade de utilizá-la para afastar um “encosto” que agia sobre a “cliente”, e diante disso recebeu a quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Posteriormente, aduzindo que se tratava de um “espírito enorme e gordo”, Priscila solicitou a quantia de R\$ 3.250,00 (três mil e quinhentos reais), ao que foi atendida.

Por conseguinte, Maria Helena afirmou ter percebido que perderia todas as suas posses para Priscila e para evitar que isso acontecesse, informou a esta que não tinha mais interesse na continuidade da prestação dos seus serviços. Ocorre que diante da postura de Maria Helena, Priscila exigiu o recebimento de R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais), informando que se não recebesse, iria realizar “trabalhos espirituais” em desfavor da vítima, de seus filhos e também de seu patrimônio.

Em consequência, Maria Helena chegou a pagar a quantia de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), mas continuou a ser pressionada por Priscila a pagar o valor restante, inclusive, foi levada por esta ao cemitério da cidade, local em que presenciou dois bonecos enterrados, sendo levada a acreditar que ambos representavam seus filhos e que no caso de não pagar os R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) restantes, sobre eles iria recair algum “mal espiritual”. Não suportando mais a situação, Maria Helena noticiou os fatos à Polícia, que prendeu Priscila em flagrante no momento em que iria receber parte do valor exigido.

Com base nos fatos acima relatados, em 30 de novembro de 2007 foi recebida a exordial acusatória, dando início à Ação Penal, em desfavor de Priscila Estefhanovichil pela suposta prática do delito de extorsão (artigo 158, "caput" do estatuto repressivo) contra Maria Helena. Em sede de primeira instância a ré foi condenada à pena de 08 anos, 10 meses e 20

⁹ TJSP, Ap. Crim. n.º 990.09.355455-0, Rel. Des. Wilson Barreira. Dje. 21 out. 2010.

¹⁰ STJ, REsp. 1.299.021/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, Dje. 23 fev. 2017.

dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 21 dias-multa de valor unitário mínimo, pelo crime de extorsão (artigo 158 do Código Penal), sendo oportuno destacar que fora absolvida quanto aos delitos de estelionatos capitaneados no artigo 171 do Código Penal.

Da referida sentença, as partes apelaram, e em síntese, a defesa pretendeu obter a atipicidade da conduta dentre outros pleitos; enquanto a acusação objetivou a condenação da ré pelos crimes de estelionato. Deste modo, no julgamento da Apelação já referida, a acusada foi condenada pela prática de três delitos de estelionato em continuidade delitiva, totalizando 1 ano, 4 meses e 24 dias de reclusão, além de 13 dias-multa. Já pelo delito de extorsão, a condenação se deu em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa, perfazendo o total de **6 anos e 24 dias de reclusão e 24 dias-multa**.

Deste acórdão, a defesa interpôs recurso especial alegando, dentre outras coisas, a atipicidade da conduta praticada pela recorrente, visto que esta não teria proferido qualquer tipo de ameaça e nem mesmo empregado violência em desfavor da suposta vítima, elementos essenciais para a configuração do delito de extorsão. Em decorrência, o referido recurso foi julgado pelo STJ em 14 de fevereiro de 2017, mantendo-se na íntegra o acórdão impugnado.

Por fim, importa destacar que em 23 de março de 2017, os autos foram remetidos em grau de recurso para o STF, o qual ainda não se manifestou com relação à matéria.

1.4.2 A decisão da corte superior

Conforme anteriormente destacado, em sede de recurso especial, a defesa alegou atipicidade da conduta referente ao delito de extorsão, em virtude da ineficácia absoluta do meio utilizado, neste caso a grave ameaça de mal espiritual. Dentre os argumentos apresentados, encontra-se aquele que afirma ser a referida ameaça, fantasiosa e não possuir capacidade de atemorizar o “homem médio”.

Todavia, o que se verificou da análise do acórdão prolatado pelo STJ, foi que a ameaça espiritual, segundo este entendimento jurisprudencial, é delito perfeitamente concebível, uma vez que a vítima por acreditar que o mal anunciado pode realmente vir a se concretizar, sentiu-se amedrontada, sendo o bastante para a caracterização do crime de ameaça.

Portanto, para a corte superior é desnecessário que o mal lançado possua capacidade suficiente para intimidar o “homem médio”, na medida em que, a configuração do delito se dá a partir do enfoque exclusivo da vítima, por assim dizer, de suas sensações e reações diante da conduta empreitada pelo “ameaçador”. Interessante destacar o seguinte trecho que integra a

ementa do acórdão em estudo:

3. A alegação de ineficácia absoluta da grave ameaça de mal espiritual não pode ser acolhida, haja vista que, a teor do enquadramento fático do acórdão, a vítima em razão de sua livre crença religiosa, acreditou que a recorrente poderia concretizar as intimidações de ‘acabar com sua vida’, com seu carro e de provocar danos aos seus filhos; coagida, realizou o pagamento de indevida vantagem econômica. Tese de violação do art. 158 do CP afastada (STJ, REsp. 1.299.021/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, Dje. 23 fev. 2017).

Como se observa, o acórdão está fundamentado no direito de livre crença religiosa, prevista ao teor do artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988. Oportuno enfatizar que com base nesse dispositivo as pessoas são livres para cultuarem aquilo que bem entenderem, não cabendo, portanto, ao Estado interferir nas questões relacionadas a este assunto.

Aparentemente, o que pretendeu o ministro foi asseverar que ao acreditar na possível concretização do mal que lhe foi anunciado, a vítima estava no exercício de direito constitucionalmente assegurado e por isso, não há que se falar em ameaça fantasiosa. Sobre o assunto, vale frisar outro importante trecho do julgado:

A ameaça de mal espiritual, em razão da garantia de liberdade religiosa, não pode ser considerada inidônea ou inacreditável. Para a vítima e boa parte do povo brasileiro, existe a crença na existência de força ou forças sobrenaturais, manifestada em doutrinas e rituais próprios, não havendo falar que são fantasiosas e que nenhuma força possuem para constranger o homem médio. Os meios empregados foram idôneos, tanto que ensejaram a intimidação da vítima, a consumação e o exaurimento da extorsão (STJ, REsp. 1.299.021/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, Dje. 23 fev. 2017).

Com base no exposto, todos os requerimentos realizados pela defesa no recurso especial em apreço, foram rechaçados pela corte superior, na medida em que o acórdão prolatado pela instância inferior foi mantido na íntegra.

Portanto, a recorrente foi condenada por três delitos de estelionato (artigo 171 do Código Penal) em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal), em decorrência de ter praticado as condutas fraudulentas de ter cobrado e recebido quantias em dinheiro para realizar “trabalhos espirituais” para a vítima. Ademais, manteve-se também a condenação da recorrente pela prática de extorsão (artigo 158 do Código Penal), consubstanciada na conduta de ter exigido mediante grave ameaça espiritual o recebimento de R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais) para cessar as atividades que iriam prejudicar a vítima, sua família e seu patrimônio.

É preciso ressaltar ainda que, ao reconhecer o delito de extorsão mediante grave ameaça espiritual, o STJ inaugurou uma nova forma de interpretar o delito autônomo de

ameaça (artigo 147 do Código Penal), uma vez que não se pode negar que se utiliza o mesmo raciocínio para decidir acerca da configuração de um “delito meio” ou de um “delito fim”.

Portanto, este posicionamento jurisprudencial manifestado pelo STJ, reconhece por via oblíqua a possibilidade de configuração do delito de ameaça capitaneado no artigo 147 do estatuto repressivo, nas hipóteses em que o agente se valer de meios espirituais¹¹, em aparente afronta à legalidade penal (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal), o que sem sombra de dúvida, enseja reflexões de maior complexidade e é o foco da verificação que se segue.

¹¹ Relacionam-se a “entidades espirituais”, ou seja, consiste na alegada intervenção espiritual. Segundo a Filosofia Espiritualista abordada por Kardec (2008, p. 71), “espíritos” podem ser assim conceituados: “são os seres inteligentes da criação. Povoam o Universo, fora do mundo material”. Pode-se citar como exemplo de meio espiritual, a chamada “macumba”, prática ritualística para, segundo quem a realiza, invocar espíritos.

2 DA APARENTE DOGMÁTICA À AMEAÇA ESPIRITUAL

Como se verificou no primeiro capítulo, o Estado não é livre para exercer o seu poder punitivo na medida em que se encontra limitado por regras de natureza material e processual, as quais tem o condão de evitar que cometa abusos e ao mesmo tempo de tutelar as liberdades individuais, dentre elas, a que se refere ao direito de ir e vir do indivíduo.

Deste modo, é imprescindível verificar se o STJ respeitou tais limitações, ao reconhecer o delito de ameaça espiritual no recurso especial anteriormente referido. Igualmente, importa verificar se do precedente aberto pela corte superior, derivam consequências danosas para o Estado Democrático de Direito, como por exemplo, a banalização dos direitos e garantias fundamentais, que em verdade, atuam como o pilar de sustentação do atual modelo constitucional.

Para tanto, faz-se oportuno, em um primeiro momento expor o resultado da análise referente ao delito de ameaça tipificado ao teor do artigo 147 do Código Penal, dando destaque aos seus elementos normativos, classificação e processamento. Por conseguinte, vale indicar os pontos controvertidos que foram extraídos a partir do estudo do acórdão em referência, e, finalmente apontar as consequências que o precedente aberto pelo STJ acarreta para o Estado Democrático de Direito.

2.1 O DELITO DE AMEAÇA ESPIRITUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já destacado nas linhas iniciais deste trabalho, o Brasil é declaradamente um Estado, cujas leis necessitam conter conteúdo axiológico e ser suficiente a promover a garantia dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que são elas verdadeiras limitações ao exercício do poder de punir estatal.

É com Silva (2007, p. 125-126) que se verifica que a democracia dos dias hodiernos, é concebida como “meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem”. Significa dizer, que ao Estado cumpre a manutenção da paz social, sendo compelido a manter o equilíbrio das relações entre os indivíduos, considerados em si mesmos, como seres humanos integrantes de uma coletividade que necessita ser tutelada.

Ademais, tendo em vista que segundo Bonavides (2007) a democracia qualifica o Estado de Direito, foram inseridas na Constituição Federal de 1988, uma série de regras, cuja finalidade consiste em propiciar ao Estado a realização de seus fins. É o caso das garantias Constitucionais, em matéria processual penal, a exemplo da legalidade, do devido processo

legal, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório e da duração razoável do processo, todas já abordadas em momento anterior.

Por tais motivos, o processo penal, conforme ensina Lopes Jr. (2015), há de ser racional e a condenação dele resultante, uma consequência lógica do que foi comprovado no decorrer do feito processual. Além do mais, tem-se que a tipificação de delitos é reservada ao Poder Legislativo, sendo ainda, matéria de ordem pública. Portanto, provas e taxatividade da lei penal, atuam como verdadeiras garantias a cargo do indivíduo, contra eventuais arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Estado no exercício de seu poder punitivo, e por intermédio da má atuação de seus órgãos jurisdicionais.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, admite-se a intervenção do poder estatal para segregar a liberdade de locomoção do indivíduo, tão somente nos casos em que forem respeitadas todas as limitações ao poder punitivo. Caso contrário, estar-se-ia diante de um Estado autoritário, em que as vontades coletivas perdem espaço para a vontade do Estado, dominador e arbitrário. Em suma, verifica-se um esvaziamento das garantias fundamentais e, por consequência, um enfraquecimento do modelo constitucional.

Dito isso, importa verificar se a chamada ameaça espiritual, conduta criminosa segundo entendimento do STJ no REsp. 1.299.021, está em consonância com as finalidades do Estado Democrático de Direito; ou delas não se aproxima, comportando-se, deste modo, como a expressão do uso excessivo e ilimitado da força pelo Estado.

2.2 ELEMENTOS NORMATIVOS, CLASSIFICAÇÃO E PROCESSAMENTO DO DELITO DE AMEAÇA

A ameaça é delito que está previsto no artigo 147 do Código Penal, nos seguintes termos: “Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”. Está inserida no capítulo VI do Código Penal – Dos crimes contra a liberdade individual, e especificamente na Seção I, por se tratar de tipo penal que visa tutelar a liberdade pessoal.

É com Hungria (1980) que é possível observar que a ameaça decorre da conduta intencional do agente que retira da vítima sua paz de espírito. A fim de compreender os motivos que deram ensejo à objetividade jurídica do crime em tela, faz-se oportuno destacar o seguinte:

Um dos fatores desnormalizantes da vontade ou perturbadores da liberdade de querer e agir é o medo. Sob a influência do medo, o indivíduo sofre uma constrição

moral, uma quebra de sua isenção de ânimo, uma restrição à espontaneidade de sua conduta. O homem intimidado deixa de estar integrado na plenitude de sua autonomia volitiva (HUNGRIA, 1980, p. 182).

Do exposto, infere-se que a conduta ameaçadora retira da vítima a sua tranquilidade interna, na medida em que restará afetada a sua “paz de espírito”. Por outro lado, retira-lhe também, a sua tranquilidade externa, pois uma vez movida pelo medo, sentir-se-á obrigada a realizar ações positivas ou negativas. As primeiras destinadas para a prevenção do delito, as segundas referentes às privações a que irá se submeter. De toda forma, a ameaça afeta a autonomia da vontade da vítima e, por consequência, sua liberdade pessoal.

Com relação aos meios executivos da ameaça, Hungria (1980) destaca que o atual código penal indica de forma exemplificativa alguns meios possíveis de concretização do delito. Ou seja, apesar do tipo penal trazer no seu texto, a possibilidade de se utilizar de palavras, escritos e gestos para intimidar a vítima, a expressão “ou outros meios simbólicos”, tem por finalidade alargar o campo das possibilidades, visto que o legislador é incapaz de prever todos os atos simbólicos que podem ser praticados na sociedade.

Por conseguinte, há de se ressaltar ainda, que conforme o entendimento de Hungria (1980), a ameaça pode ser direta, indireta, explícita e implícita. Direta, quando o mal anunciado se referir à própria vítima ou aos bens que lhe pertence; indireta, quando o mal for lançado em desfavor de pessoas vinculadas à vítima; explícita quando a intenção do agente ameaçador restar clara; e implícita nos casos em que o agente não se manifesta com clareza e objetividade.

No que se refere aos elementos normativos do tipo penal, mais uma vez Hungria (1980) indica o seguinte: o mal anunciado deve ser futuro (a vítima há de conviver com a angústia de que o mal poderá vir a se concretizar), injusto (ilícito e imoral) e grave (medida de acordo com o dano que pode ser resultante de eventual concretização do mal anunciado). Ademais, requer-se que a conduta do agente seja movida por dolo específico, correspondente à intenção de intimidar a vítima.

Por conseguinte, Hungria (1980) ensina que a ameaça é crime formal, pois se consuma ainda que não se verifique o resultado, isto é, a intimidação da vítima. Mas chama a atenção para dizer que a ameaça considerada em si mesma, deve ser capaz de atemorizar o “homem comum”. Informa que é crime comum quanto ao sujeito ativo, pois poderá ser praticado por qualquer pessoa, ou seja, não se exige qualidades específicas do agente ameaçador. Também é crime comum com relação ao sujeito passivo, contudo, faz-se necessário que este possua discernimento para compreender o mal futuro, injusto e grave que lhe foi anunciado.

Com Greco (2014) verificam-se as seguintes classificações do delito de ameaça: doloso (o agente deve ter a intenção de intimidar a vítima); de forma livre (o tipo penal apenas exemplifica alguns meios que podem ser utilizados para a prática delituosa); comissivo (o comportamento é positivo); comissivo por omissão (no caso de ser praticado por agente garantidor – artigo 13, §2º, do Código Penal); instantâneo (consuma-se no momento da conduta); monossubjetivo (o núcleo da conduta pode ser praticado por uma única pessoa); unissubsistente (não há possibilidade de se fracionar a marcha do crime) ou plurissubsistente (a marcha do crime é fracionada); transeunte (a conduta não deixa vestígios) ou não transeunte (a conduta deixa vestígios), a depender de como foi praticada a ação.

Ressalte-se que Hungria (1980) explica também, que a ameaça pode ser delito autônomo, quando a intimidação é o fim em si mesma; ou ainda delito subsidiário, quando a intimidação passa a ser o meio necessário para a prática de outra conduta, também qualificada como criminosa. Arremata afirmando que como crime formal, a ameaça não admite tentativa.

Infere-se destacar ainda que a ameaça é crime que se processa mediante representação da vítima nos termos do parágrafo único do artigo 147, do Código Penal. O que implica dizer que, embora se trate de Ação Penal Pública com atuação do Ministério Público, o seu processamento depende da vontade da vítima, que haverá de representar em desfavor daquele que deseja ver acusado, no prazo de 6 meses a contar do dia em que soube da autoria, sob pena de decadência.

Na fase inquisitiva dá origem a Termo Circunstanciado, e na fase processual o rito dotado é, em regra, o sumaríssimo, por se tratar de delito de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61 da lei 9.099 de 1995, a qual rege os Juizados Especiais Criminais. Importa salientar ainda que a referida lei, em seu artigo 81, §1º, estabelece que a produção probatória se dará em uma única vez e na audiência de instrução e julgamento¹².

Todavia, mitigar não significa extirpar o procedimento probatório, de modo que a comprovação do delito continua sendo medida necessária, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal (ônus da prova) e 5º, LIV da Constituição Federal de 1988 (devido processo legal), não sendo possível, inclusive, descartar o exame de “corpo delito” nos casos de crimes não transeuntes. Não fosse assim, correr-se-ia o risco de infringir garantias processuais que se mostram fundamentais na atual ordem constitucional (à luz do item 1.2 retro), visto que possibilitar condenações sem a efetiva comprovação da prática delituosa, em

¹² Tal determinação encontra suporte, conforme Jesus (2011) no princípio da celeridade processual que rege os processos em trâmite nos juizados especiais, bem como, no princípio da concentração, segundo o qual as provas deverão ser produzidas preferencialmente em momento único, isto é, na audiência de instrução para em seguida ser prolatada a respectiva sentença.

qualquer rito, inclusive, no sumaríssimo com suas características peculiares, seria um contrassenso e iria de encontro ao Estado de Direito qualificado pela democracia.

Oportuno enfatizar ainda, que conforme dispõe o artigo 82 da lei 9.099 de 1995, da sentença proferida em sede de Juizado Especial Criminal, caberá a interposição de Apelação, que será julgada por turma composta por três juízes também de primeiro grau de jurisdição. São as chamadas turmas recursais, cuja criação e atuação estão fundamentadas no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, o recurso especial, cuja previsão consta no artigo 105, inciso III, da lei maior, não é instrumento passível de utilização na via dos Juizados Especiais¹³, de modo que para se insurgir contra acórdão de turma recursal, o mecanismo adequado consiste no recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Lopes Jr. (2015), explica que esta impossibilidade de interposição de recurso especial, resulta de ausência de previsão legal, uma vez que, a Constituição Federal estabelece que este meio de impugnação se destina às decisões oriundas de tribunais, designação que não comporta as decisões da lavra dos Juizados Especiais Criminais.

2.3 DA IMATERIALIDADE DO DELITO DE AMEAÇA ESPIRITUAL

Conforme ensina Dinamarco (1998), o processo penal é o instrumento do qual o Estado se utiliza para exercer o seu poder-direito de punir aqueles que transgridem as normas, ou melhor dizendo, o próprio pacto firmado entre indivíduos vivendo em sociedade e o ente estatal. É neste sentido que Lopes Jr. (2015) se manifesta para dizer que o processo penal necessita ser racional, ou seja, eventuais condenações somente podem ser o resultado do que foi extraído a partir das provas apresentadas ao julgador.

Logo, observa-se que deve haver coerência entre a sentença prolatada ao final do processo e todo o conjunto probatório formado pela atuação das partes e do próprio julgador. Portanto, na ausência de provas, não há que se falar em condenação de quem quer seja, o que torna evidente que elas desempenham um papel fundamental em qualquer ramo processual, porém, na seara criminal¹⁴, este papel assume maior relevo, quando se verifica que está em

¹³ Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.” e Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.”

¹⁴ Batista (2007), explica que há um debate doutrinário sobre a melhor designação a ser adotada: Direito “Penal” ou Direito “Criminal”, de modo que os defensores desta última, alegam o seu melhor alcance, na medida em que é capaz de abarcar o que se compreende por Direito Penal, Direito Processual Penal e sua respectiva organização judiciária.

jogo a liberdade de ir e vir do indivíduo.

No delito de ameaça, embora processado pelo rito sumaríssimo e por isso conte, por força de lei, com uma instrução mais simplificada, em que as provas devem ser preferencialmente apresentadas a um só tempo, não se verifica a possibilidade de condenação que não esteja assentada nos elementos probantes. Isto é, simplificar o processamento não significa ignorar a necessidade de haverem provas à alicerçar a decisão condenatória, caso contrário, estar-se-ia diante de lamentável arbítrio estatal, afora a ofensa à conjugação das garantias constitucionais cuja observância, no Estado Democrático de Direito, é obrigatória. Logo, ser condenado com base no conjunto probatório é garantia que deve ser assegurada pelos órgãos jurisdicionais.

Contudo, o que se observa é que na ameaça praticada por meios espirituais, o conjunto probatório pode restar prejudicado, na medida em que o julgador encontra suporte para a sua decisão, exclusivamente nas alegações da vítima, que à luz da decisão do STJ, referem-se a crença em fenômenos espirituais, bem como, à intimidação pela conduta do agente “ameaçador”. Frise-se que, embora seja crime formal, Hungria (1980) aduz que não basta que o agente lhe anuncie a prática de algum mal, sendo necessário que esse mal seja suficiente para aterrorizar a vítima.

Ora, como aferir se a tranquilidade psíquica da vítima foi abalada pela conduta do agente que lhe anunciou a prática de mal espiritual? Como saber se a vítima realmente acredita em tais fenômenos? Tem-se que as crenças estão adstritas à esfera íntima do indivíduo e a sua verificação escapa às mãos do julgador. Dizer para a vítima que vai invocar espíritos para a prejudicar, é diverso de dizer que irá desferir contra ela um disparo de arma de fogo, por exemplo. Isto porque no primeiro caso, a ameaça não pode cientificamente se concretizar, enquanto no segundo a sua prática é perfeitamente possível e, portanto, qualquer um poderia ter a sua paz de espírito afetada.

Vale ressaltar que Ferrajoli (2002) ensina que com vistas a ampliar o espectro de liberdade individual e reduzir o campo de incidência do poder estatal, é que o julgador está vinculado às provas apresentadas no processo. Destaca que caberá a este “experimentar” as provas e a partir daí obter o resultado, que será a probabilidade ou não do réu ter praticado a conduta da qual está sendo acusado, dando ensejo então, à sua condenação ou absolvição.

Em síntese, o que se quer dizer é que no processo penal, o julgador há de perseguir a verdade real, e apesar desta ser empiricamente inacessível porque os fatos investigados estão situados no passado, é preciso lançar mão de medidas que o permitam se aproximar dela o máximo possível. Deste modo, as provas são os elementos pelos quais o julgador forma o seu

convencimento.

Ignorar a importância da existência de um conjunto probatório e considerar em primeiro plano as alegações da vítima, é, por consequência, permitir que esta determine o reconhecimento do que Ferrajoli (2002, p. 30) chama de “desvio punível”. Portanto, verifica-se que o STJ abriu perigoso precedente, por colocar em “xeque” garantias fundamentais.

Assim sendo, o assunto comporta maiores reflexões, visto gerar sérias consequências para o Estado, enquanto responsável pela tutela das liberdades; para a vítima, uma vez que, espera-se que o seu desejo seja o de promoção da justiça ao acionar a jurisdição; bem como, para réu, que há de ser considerado inocente até que provem o contrário. É o que será abordado nos tópicos a seguir.

2.3.1 A crise da legalidade e o arbítrio estatal

A legalidade, como já frisado no item 1.2, é regra constitucional a ser cumprida pelo Estado de Direito, com a observação de que, conforme Silva (2007), ao imperar o princípio democrático, as leis devem ser dotadas de conteúdo axiológico, isto é, devem ter a finalidade de garantir os direitos humanos. Neste sentido é que o Código de Processo Penal dispõe em seu artigo 155, o seguinte conteúdo:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941)

Com isso, o legislador vinculou o julgador às provas produzidas em instrução criminal, ou seja, o fundamento decisório deve estar assentado em elementos sólidos, caso contrário, corre-se o risco da sentença ser mais a expressão da vontade do julgador do que a vontade do poder político.

Conforme entendimento de Lopes Jr. (2015), verifica-se atualmente o abandono do cartesianismo, caracterizado pela divisão entre corpo e mente, e pelo qual se espera que o julgador se mantenha neutro para julgar. Não se ignora que o juiz tenha emoções e sensações, as quais de forma inevitável irão, em certa medida, influenciar em sua decisão. Esta interferência é consequência lógica das experiências pessoais do julgador, enquanto indivíduo que não está imune ao mundo que o cerca, todavia, como acentua o autor, é preciso se

acautelar para encontrar um meio termo entre o que ele chama de “decisionismo”¹⁵ e “cartesianismo”.

Assim sendo, é a apreciação do conjunto probatório que irá possibilitar ao juiz formar o seu convencimento acerca da culpabilidade ou inocência do acusado. Destacando-se ainda que, a fragilidade das provas, que termina por gerar dúvidas ao julgador, conduzem inexoravelmente à absolvição do acusado. Ou seja, se a insuficiência das provas conduz à absolvição, a inexistência delas não deveria sequer dar azo à invocação jurisdicional, a não ser para verificar possível “denúnciação caluniosa” nos termos do artigo 339 do Código Penal, praticada por aquele que acionou desnecessariamente os órgãos estatais encarregados da persecução penal.

Ademais, Lopes Jr. (2015), destaca que com o fim de demonstrar a racionalidade do processo penal, é que se passou a requer do magistrado a motivação de suas decisões, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Esta regra constitui verdadeira garantia contra eventuais abusos do poder estatal, visto que por meio da motivação das decisões é possível às partes verificarem se o juiz extrapolou os limites que lhe são impostos.

Deste modo, percebe-se que o precedente do STJ viola claramente a necessária anterioridade (artigos 5º, XXXIX da Constituição Federal e 1º do Código Penal) e taxatividade da lei penal, refletindo assim a lamentável crise de legalidade que permeia o atual cenário jurisprudencial. Condenações alicerçadas em elementos que não as provas, consistem, em última análise, no império do arbítrio estatal, gerando assim um esvaziamento das garantias materiais e processuais, portanto, um retrocesso que o Estado Democrático de Direito não admite. Em suma, é o Estado impondo a sua força sem observar as suas próprias limitações, enquanto o indivíduo têm as vezes com as suas liberdades reduzidas.

2.3.2 A relevância probatória das palavras da vítima

Em um primeiro momento é preciso ressaltar uma incoerência de se atribuir à ameaça a qualidade de delito formal. Pois bem, nos dizeres de Nucci (2014), crimes formais são aqueles cuja consumação independe do resultado. Portanto, no caso da ameaça, a sua consumação se dá no momento em que o agente anuncia o mal futuro, injusto e grave em

¹⁵ Segundo as lições de Ferrajoli (2002), o “decisionismo” consiste no caráter potestativo do juízo, em que a aplicação da pena se concretiza ainda que ausente a relação empírica entre provas e fatos. Já para Streck (2010), o “decisionismo” é o resultado da discricionariedade conferida ao juiz no exercício da jurisdição, a exemplo do que se dá com a livre apreciação das provas.

desfavor da vítima, cuja intimidação, por constituir o resultado não se faz necessária.

Todavia, como já informado, o bem jurídico que o tipo penal da ameaça visa tutelar, é a liberdade pessoal, que é atingida quando a vítima tem a sua “paz de espírito” ou “tranquilidade psíquica” afetadas. Sendo assim, conforme Nucci (2015), logicamente a sua intimidação passa a ser compreendida como requisito essencial para a configuração do delito, pois sem ela, não há que se falar em ofensa ao bem jurídico que se pretende proteger. Nesta medida, a análise dos fatos relativos ao delito de ameaça, requer atenção e sensibilidade do julgador, que deverá observar se o bem jurídico realmente foi lesado. Deste modo, as palavras da vítima adquirem inegável relevo probatório no crime de ameaça¹⁶.

No caso do crime de ameaça espiritual o problema é ainda maior, pois no precedente em questão, o STJ fundamentou o acórdão, na liberdade de crença religiosa, asseverando que em decorrência de cada um ser livre para acreditar no que bem entender, deve-se admitir que também possam se sentir intimidados por fenômenos dessa natureza. Portanto, é preciso verificar se a tranquilidade psíquica da vítima foi realmente abalada, assim como também é preciso averiguar se ela acredita na concretização de fenômenos espirituais. Verificações estas, que somente podem ser levadas a cabo, por meio da ajuda da psicologia forense, o que tornaria necessário a realização de perícia, não comportada pelo procedimento sumaríssimo disposto pela lei 9.099 e 1995.

Entretanto, o que se verifica por meio da análise do acórdão em referência, é que o Superior Tribunal de Justiça abriu margem para a vítima exercer papel determinante no que se refere ao convencimento do julgador; na exata medida em que, primeiro afirma possuir credences, depois que se sentiu intimidada pela conduta do agente que indica como “ameaçador”. Em suma, suas alegações subjetivas são suficientes para propiciar ao julgador a formação de seu convencimento, e, por consequência, proceder a irrogação da pena, resultando assim no exercício do poder punitivo estatal.

O risco disso está na possibilidade do processo penal, em vez de figurar como instrumento para a tutela das garantias fundamentais, passar a ser mecanismo por meio do qual se promove a injustiça. Isto certamente ocorreria se bastasse a qualquer um, simplesmente alegar credences e intimidação diante da conduta de alguém, que por exemplo, diga-lhe que irá prejudicar o seu patrimônio com a ajuda dos espíritos; ou que irá invocar “entidades sobrenaturais” para lhe afetar a saúde; ou ainda, que irá invocar alguma “entidade

¹⁶ “Delito de ameaça. Nos crimes desta espécie que costumam ocorrer na clandestinidade a palavra da vítima assume especial relevo probatório. Condenação mantida. Apelo parcialmente provido. Unânime” (TJRS, Apelação Criminal 70050256353, Relator Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. Dje. 1 out. 2012).

espiritual” para lhe apossar da alma¹⁷.

É bem provável que a vontade do agente que profere tais palavras, seja realmente ver a vítima prejudicada, todavia, seria um contrasenso puni-lo por isso, visto que jamais poderá alcançar o seu intento, a não ser por mera fatalidade ou obra do acaso; como por exemplo, poderia acontecer no caso de alguém dizer para o seu desafeto que irá invocar espíritos para lhe fazer sofrer um acidente, e minutos depois, este acidente efetivamente vem a ocorrer. Não sendo assim, fato que justifica a atuação do Direito Penal e Processual Penal.

Assim sendo, tem-se que a importância probatória que a jurisprudência vem conferindo às palavras da vítima no delito de ameaça (artigo 147 do Código Penal), e, sobretudo, na ameaça espiritual, geram por consequência a possibilidade do processo penal passar ao status de instrumento utilizado em prol de interesses escusos da suposta vítima, que em verdade, não deseja outra coisa, senão prejudicar o seu desafeto.

2.3.3 A banalização da presunção de inocência

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Esta é a regra constitucional da presunção de inocência, segundo a qual, conforme Lopes Jr. (2015), todo indivíduo tem o direito de ser presumidamente inocente até que provem o contrário.

Deste modo, o afastamento da presunção de inocência está intimamente relacionado ao papel que as provas desempenham no processo penal. Isto porque, como já informado, a sentença penal condenatória é, de acordo com Ferrajoli (2002), o resultado da relação empírica existente entre fatos e provas. É ainda o instrumento por meio do qual se expressa a vontade última do poder estatal, ao mesmo tempo em que demonstra a racionalidade que permeia a atuação jurisdicional. Sem elas, ou mesmo diante de sua fragilidade apta à gerar dúvida, a absolvição é medida que se impõe.

Assim sendo, no delito de ameaça espiritual, os elementos de provas baseados em alegações da vítima, tanto acerca de sua intimidação, como de suas crenças em fenômenos espirituais, não tem a capacidade de gerar certezas no julgador, pois que são afirmações exclusivamente subjetivas. Deste modo, conforme Ferrajoli (2002) se não há prova da culpa, também não é possível afastar a inocência do acusado presumida desde o início do processo,

¹⁷ Para Kardec (2008, p. 85-86), alma é “um espírito encarnado” e que era apenas espírito antes de se juntar ao corpo. Explica ainda que “[...] as almas são apenas os Espíritos. Antes de se unir ao corpo, a alma é um dos seres inteligentes que povoam o mundo invisível e que revestem, temporariamente, um envoltório carnal, para se purificarem e se esclarecerem”.

com vistas a evitar um juízo potestativo.

Disso resulta que a presunção de inocência resta banalizada nos casos em que, não obstante a ausência de comprovação da culpabilidade do acusado, impera a sua condenação. Ademais, há que se destacar que os elementos de provas apresentados necessitam ser sólidos e produzidos de maneira regular, com obsevância da estrita legalidade, caso contrário, não se pode conceber que sejam aptos à formar o convencimento do julgador.

Por conseguinte, infere-se destacar que segundo Ferrajoli (2002), a mitigação da presunção de inocência gera, em última análise, a perda de legitimidade política da jurisdição, além de torná-la irracional e autoritária. Isto ocorre porque, como explica o autor, é a presunção de inocência, ao mesmo tempo garantia de liberdade, verdade, segurança e defesa social, as quais necessitam ser observadas pelo Estado de Direito, para assim obter a confiança dos indivíduos na justiça.

Neste diapasão, verifica-se que o precedente do STJ, que possibilita o reconhecimento do delito de ameaça espiritual mesmo diante da fragilidade do conjunto probatório, resulta, conforme Ferrajoli (2002), na insegurança, no temor e na desconfiança, que “nascem” nas mentes de inocente submetidos ao Poder Judiciário.

2.4 A ATIPICIDADE DA CONDUTA SOB O PRISMA DA TEORIA TRIPARTIDA

Conforme ensina Nucci (2015), adota-se no Brasil, tanto pela ampla maioria doutrinária quanto pelo Código Penal, a teoria tripartida¹⁸ que versa sobre o conceito analítico de crime e o concebe como fato típico, ilícito e culpável. Por típico, entende-se o fato que se adequa ao que está descrito no tipo legal; por ilícito, o fato contrário ao ordenamento jurídico; e culpável, aquele que, juntamente com seu autor, é censurado pela sociedade.

É ainda com o mesmo autor, que se pode verificar que o fato típico é composto por conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), resultado, nexos de causalidade e tipicidade (formal e material); a ilicitude é simplesmente a relação de contrariedade com o disposto no ordenamento jurídico vigente; e a culpabilidade é a censurabilidade da conduta e do agente que a praticou, encontrando-se em sua composição a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa¹⁹.

¹⁸ Em que pese esta ser a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, há posições doutrinárias divergentes sobre o assunto. Alguns autores defendem a teoria bipartida, pela qual o conceito analítico de crime é composto por tipicidade e ilicitude, na medida em que a culpabilidade é requisito de aplicação da pena. Para outros autores, o crime é fato típico, ilícito, culpável e punível.

¹⁹ Segundo Nucci (2015), esta é a posição finalista adotada pelo Código Penal. Já para os causalistas, dolo e culpa também integram a culpabilidade.

O que importa para o presente trabalho, neste momento, é identificar os desdobramentos obtidos a partir do conceito de “tipicidade”, elemento integrante do fato típico e sem a qual não há que se falar em crime. Pois bem, trata-se conforme ensina Nucci (2015), da adequação do fato com o disposto no texto legal, ou seja, é a subsunção realizada pelo intérprete.

Ademais, alguns elementos devem ser valorados a fim de verificar se realmente a conduta é típica. É o caso dos elementos normativos que compõe os tipos penais, como, inclusive acontece com o delito de ameaça previsto ao teor do artigo 147 do Código Penal, que apresenta em seu preceito primário os termos “injusto” e “grave”. Assim sendo, se o mal anunciado pelo agente não se adequar à noção de gravidade, estará ausente o quarto substrato da conduta, isto é, a tipicidade, e, por consequência, não há conduta criminosa a se punir.

Deste modo, torna-se evidente que o que o STJ chamou de ameaça espiritual, em verdade, trata-se de conduta atípica e por isso, sequer deve dar azo ao acionamento da jurisdição penal. Tal afirmativa encontra suporte nos seguintes motivos:

Ao se posicionar acerca da gravidade do mal anunciado pelo sujeito ativo do delito de ameaça, Nucci (2014) explica que se amolda ao conceito de mal grave, aquele que é capaz de gerar temor na grande maioria das pessoas, pois necessita ser sério e verossímil, sendo ainda possível extrair da própria semântica que a verossimilhança corresponde a algo possível e provável por não contrariar a verdade. Neste viés, o mal espiritual, por assim dizer, aquele que, conforme as crenças da pseudo vítima, tem origem em fenômenos espirituais e por isso depende destes para se concretizar, não pode ser considerado verossímil, visto a sua impossibilidade de vir a se concretizar, ou seja, não é provável, tampouco é sério.

Hungria (1980, p. 185), explica que o mal anunciado pelo agente deve ser o suficiente para atemorizar o “homem comum”, na medida em que:

Não há dúvida de que o homem é intimidável [...] mas também é certo que a ameaça suficiente para intimidar o *bonus paterfamilias* pode apenas fazer sorrir um indivíduo de rija fibra, do mesmo modo que uma ameaça inócua para o comum dos homens pode ser acabrunhadora para os que trazem o medo à flor da pele. Em tais condições, o critério justo é o de considerar a ameaça sob um prisma objetivo, isto é, de acordo com a média da sensibilidade humana. **A lei penal não exige heroísmos, mas também não é tutela dos que temem assombrações ao meio-dia.** (Grifou-se).

De maneira semelhante se manifesta Nucci (2015), ao dizer que não resta configurado o crime de ameaça quando o mal anunciado é improvável e quando se relaciona à credices, sortilégios e fatos impossíveis. Por conseguinte, Hungria (1980) ensina que a aferição da gravidade do mal que o agente lança sobre a vítima, se dá por meio da qualidade objetiva do

dano que é colocado em perspectiva pela conduta ameaçadora.

Portanto, compreende-se inadequado atribuir a qualidade de grave a fenômeno que não poderá se concretizar, que povoa o campo da abstração e que, por isso, não é verossímil, tampouco sério o suficiente para atemorizar a generalidade das pessoas. Ademais, não há a possibilidade de realização do dano decorrente do mal anunciado pelo agente, simplesmente porque este não tem a capacidade lesiva para tal, fato este que também torna latente a atipicidade material da conduta.

É certo que assim como indicado no acórdão do STJ, há pessoas que acreditam que tais fenômenos existem e podem se concretizar, todavia, pergunta-se: porque tais pessoas acreditam, esses fenômenos existem? e mais, possuem eles a capacidade de concretizar o mal lançado pelo sujeito “ameaçador”? Pois bem, se acaso tais respostas fossem positivas, provavelmente, bastaria a qualquer um afirmar que possui tais crenças para processar alguém que, por exemplo, diga que irá fazer uma “macumba” para lhe prejudicar. Tudo indica que a esta altura os Juizados Especiais Criminais estariam abarrotados de Termos Circunstanciados referente ao delito de ameaça para julgar.

À vista do exposto, verifica-se que a ameaça espiritual reconhecida pelo STJ, carece de tipicidade formal em decorrência da ausência de elemento normativo do tipo, qual seja, a gravidade do mal anunciado. Igualmente não se verifica tipicidade material da conduta, visto não possuir capacidade lesiva para concretizar qualquer dano, motivo pelo qual não cabe ao Direito Penal se ocupar de tal conduta.

Assim sendo, percebe-se que o STJ, extrapolou os limites que lhe são impostos no exercício do poder punitivo, sobretudo, por violar a regra constitucional da legalidade, recaindo, portanto, em excesso que resulta na inobservância de direitos fundamentais. Daí o perigo do precedente.

2.4.1 O excesso do poder punitivo estatal pela inobservância da taxatividade penal

As leis penais, conforme ensina Nucci (2015) apresentam em seu bojo, dispositivos que efetivam o poder soberano do Estado, e ao mesmo tempo atuam como limitações para o seu exercício. A aplicação destes dispositivos, resultam em larga medida, na invasão da intimidade e das liberdades individuais. Daí a importância dos tipos penais, sobretudo, os incriminadores serem claros, precisos e não darem margem à ambiguidades.

Como se observa, a taxatividade penal é de responsabilidade do legislador ordinário, que no exercício de sua função legiferante precisa se atentar para possíveis prejuízos que

podem decorrer ao indivíduo, a partir de sua má atuação. Ou seja, antes mesmo do Poder Judiciário aplicar as leis e concretizar o direito, é obrigação do Poder Legislativo mover esforços no sentido de utilizar os termos e a linguagem correta na elaboração dos tipos penais, visando assim a impedir eventuais abusos de poder por parte do intérprete da lei.

Ademais, é ainda com Nucci (2015), que se compreende a taxatividade como corolário da regra constitucional da legalidade, o que a faz estar inserida na Constituição Federal de 1988 de forma implícita. Deste modo, tem-se que o julgador não é livre para realizar a subsunção ao seu bel prazer, visto estar vinculado ao critério da taxatividade, pelo qual não poderá distorcer o sentido do termo empregado no texto legal. Caso assim proceda, estar-se-á diante de interpretação prejudicial ao acusado, atividade reprovada pelo próprio STJ²⁰.

Assim sendo, faz-se oportuno enfatizar que conforme o conteúdo abordado no tópico anterior, a expressão “mal grave”, presente no tipo penal incriminador da conduta de ameaça, não comporta a expressão “mal espiritual”. O primeiro é provável, sério, pode ser concretizado a depender dos esforços movidos pelo agente e efetivamente pode levar a efeitos os danos a que se refere. Já o segundo, é improvável, inverossímil, carece de seriedade e é incapaz de concretizar os danos referidos.

Apenas a título de exemplificação, basta pensar nas seguintes situações hipotéticas: o agente que anuncia à vítima que irá incendiar o seu automóvel, pode efetivamente realizar tal conduta, basta que para tanto ele tenha acesso ao veículo e tenha em mãos os instrumentos necessários, ademais, os danos serão concretizados, na medida em que o patrimônio da vítima realmente for lesado. Por outro lado, o indivíduo que anuncia à vítima que irá invocar espíritos para destruírem a sua residência, não conseguirá concretizar o seu intento (ainda que fosse este), uma vez que, cientificamente não é possível fazer com que espíritos pratiquem tal ação, não havendo sequer, a comprovação de que estes existam. Outrossim, não há que se falar, neste caso, que o patrimônio da vítima foi efetivamente lesado pela conduta do pseudo-agente.

Do exposto, resulta inegável que o STJ violou a regra da taxatividade ao reconhecer o delito de ameaça espiritual, e, por consequência, também infringiu a regra constitucional da legalidade, extrapolando os limites que lhe são impostos para o exercício de seu poder de punir e recaindo em nítido abuso de poder e autoridade, suficiente para deflagrar a incidência da lei 4.898 de 9 de dezembro de 1965.

²⁰ “[...] o Direito Penal deve obediência ao princípio da taxatividade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu” (STJ, REsp. 1571527/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T, Dje. 25 out. 2016).

2.5 A CONTRADIÇÃO DO ACÓRDÃO PELA FLAGRANTE OFENSA À LAICIDADE

Insta consignar que o STJ fundamentou o acórdão em que reconheceu a ameaça espiritual como crime meio para a prática do delito de extorsão (artigo 158 do Código Penal), na liberdade de crença religiosa²¹, garantia constitucional prevista ao teor do artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

O argumento utilizado no acórdão, consiste em que há pessoas que acreditam na existência de forças sobrenaturais, e por serem livres para acreditarem no que quiserem, com base na liberdade de crença religiosa que há de ser assegurada pelo Estado, é que a ameaça espiritual não pode ser reconhecida como fantasiosa.

Ocorre, contudo, que conforme as lições de Silva (2007), o Estado brasileiro se tornou laico em 1890²², de modo que a partir daí Estado e igreja se dissociaram, não se admitindo interferências recíprocas. Com efeito, a laicidade determina que o ente estatal se mantenha neutro às questões religiosas, e de modo algum declare ou manifeste preferências ou contrariedade à determinada religião ou liberdade de crença.

Assim sendo, observa-se que pela fundamentação do referido acórdão prolatado pelo STJ, o Estado brasileiro rompeu com sua obrigação de se manter laico. Tal constatação encontra suporte no fato de que ao reconhecer que o delito de ameaça pode ser praticado por meios espirituais, a corte superior reconheceu, por via de consequência, que tais fenômenos existem, caso não fosse assim, não se falaria em ameaça.

Daí emerge a seguinte indagação: Como ficam aqueles indivíduos que exercem a liberdade de descrença e que por isso, não acreditam na existência de quaisquer forças espirituais? Bem, ao que tudo indica, o STJ com o seu posicionamento, os declarou sem razão. Em flagrante afronta à laicidade, o Estado brasileiro, na figura do Poder Judiciário se manifestou acerca de questão religiosa, e mais, declarou-se favorável aos que possuem crenças em fenômenos espirituais em detrimento de quem não as possui.

Tal precedente, em suma, configura um retrocesso, marcado pela interferência do Estado brasileiro na esfera religiosa, resultante na ofensa à laicidade, sendo esta importante

²¹ Para Silva (2007), a liberdade de crença está inserida entre as liberdades espirituais, sendo exteriorizada por meio da manifestação do pensamento. Estão incluídas dentro da noção de liberdade de crença, as liberdades de escolher, aderir e mudar de religião, assim como a de não optar por nenhuma, isto é, também se tutela o ateísmo.

²² Conforme Silva (2007), o Estado brasileiro se tornou laico com o decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890, expedido por Ruy Barbosa durante o governo provisório, e, por consequência, reconheceu-se personalidade jurídica a todas as igrejas e confissões de cunho religioso.

garantia conquistada pelos povos desde a Revolução Francesa²³ e declarada pelo Estado brasileiro desde os primeiros meses da instalação da República.

2.6 A AMEAÇA ESPIRITUAL COMO EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE

Observa-se que o raciocínio utilizado pelo Tribunal Superior de Justiça ao reconhecer a configuração do delito de ameaça espiritual, inclusive a qualificando como grave, também pode ser utilizado para invocar excludente de culpabilidade, nos termos do artigo 22 do Código Penal, que dispõe, especificamente, em sua primeira parte, acerca da coação moral irresistível.

Para melhor compreensão do assunto, infere-se mais uma vez, destacar que de acordo com a lições de Nucci (2015) o código penal brasileiro adota a teoria tripartida, pela qual o conceito analítico de crime é formado pela noção de fato típico, ilícito e culpável. Portanto, a culpabilidade é o terceiro substrato do crime e corresponde ao juízo de reprovabilidade com relação ao fato e ao agente que o praticou. Ademais, em sua composição se encontra a imputabilidade penal, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta adversa, os quais uma vez ausentes, eliminam o próprio crime.

Assim sendo, Nucci (2014) explica que a coação moral irresistível, quando presente, elimina o terceiro elemento que compõe a culpabilidade, isto é, a exigibilidade de conduta adversa e, conseqüentemente, não há que se falar em crime a ser punido. Isto porque, o Direito Penal não pode exigir heroísmos e atos de bravura dos indivíduos, os quais por se sentirem coagidos são levados a incorrer em alguma prática criminosa.

Ademais, é ainda Nucci (2014, p. 263) quem fornece o conceito de coação moral irresistível, na medida em que a considera como sendo a “grave ameaça feita pelo coator ao coato, exigindo deste último que cometa uma agressão contra a terceira pessoa, sob pena de sofrer um mal injusto e irreparável”.

Ora, deste modo, o agente que cometer alguma infração penal, poderá alegar em sua defesa, que agiu coagido pela ameaça espiritual proferida pelo coator? Provavelmente sim, já que será possível afirmar que acredita em fenômenos espirituais, e por temer que o mal anunciado pelo agente pudesse efetivamente se concretizar, sentiu-se obrigado a praticar o crime. Assim sendo, não poderia o Direito Penal lhe exigir que agisse de modo diverso.

²³ Conforme Domingos (2009), foi com a Revolução Francesa que surgiu pela primeira vez a ideia de Estado laico, de modo que fez constar na Declaração dos Direitos do Homem produzida em 1789, a proibição ao Estado de perseguir os indivíduos por suas opiniões, ainda que religiosas.

O raciocínio utilizado pelo STJ, pode conduzir ao absurdo de excluir a culpabilidade de alguém, que a título de exemplificação, subtraia do interior de uma joalheria, um colar de elevado valor pecuniário, causando assim, prejuízo ao patrimônio da vítima. Todavia, após ser descoberta, alega ter furtado o objeto em razão de ter se sentido coagida pela conduta de alguém que afirmou que invocaria espíritos malignos (em cuja existência afirma acreditar) para destruir sua vida, caso não agisse daquele modo.

Para o STJ, a ameaça espiritual é séria e grave o suficiente para possibilitar a configuração delito de extorsão (artigo 158 do Código Penal), logo, também há de ser grave para atuar como excludente de culpabilidade, na figura da coação moral irresistível (artigo 22 do Código Penal), que por consequência, elimina o próprio crime. Daí emerge a constatação de que o precedente em apreço, em verdade, distorce a própria finalidade do Direito Penal, que nas lições de Nucci (2014) consiste em amparar e proteger os bens jurídicos destacados pelo ordenamento jurídico como os mais importantes para a vida em sociedade.

3 CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS MATERIAIS E FORMAIS DO DELITO DE AMEAÇA ESPIRITUAL

Verificou-se que o acórdão prolatado no REsp. nº 1.299.021, em que fora reconhecido o delito de ameaça espiritual, apresenta vários pontos controvertidos, dos quais é possível inferir que não se coadunam com o método adotado pelo Direito Criminal, que conforme as lições de Zaffaroni e Pierangeli (2015) consiste na dogmática²⁴.

Inferre-se ressaltar ainda, que a partir da “imaterialidade do delito”, bem como, da “atipicidade da conduta”, ambas apontadas no capítulo anterior, decorre a indagação acerca de como o processo penal se relaciona com a noção de verdade? E mais, de que maneira o julgador atua para formar o seu convencimento? ou ainda, é permitido ou defeso a ele, utilizar-se de critérios extrasubjetivos para sustentar um pronunciamento jurisdicional?.

Neste medida, pretende-se abordar acerca do interesse do Processo Penal em perseguir a verdade, dando destaque para as concepções adotadas quanto a esta; bem como, para a natureza das atividades que o julgador desempenha para percorrer este caminho. Igualmente, objetiva-se indicar quais são as implicações do distanciamento entre o Processo Penal e verdade processual, para as garantias fundamentais. Em suma, considera-se relevante compreender quais são as consequências que derivam do precedente aberto pelo STJ, para o atual modelo constitucional, cuja meta consiste em tutelar os direitos humanos e universais.

3.1 DA BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

O ser humano persegue a verdade, pois não se conforma em conviver com dúvidas e incertezas. O desconhecido causa insegurança, temor e a inabalável ânsia de desvendá-lo. Sobre o assunto se manifesta Chauí (2000, p. 111-112):

O espanto e a admiração, assim como antes a dúvida e a perplexidade, nos fazem querer saber o que não sabemos, nos fazem querer sair do estado de insegurança ou de encantamento, nos fazem perceber nossa ignorância e criam o desejo de superar a incerteza. Quando isso acontece, estamos na disposição de espírito chamada busca da verdade.

²⁴ Zaffaroni e Pierangeli (2015), conceituam a dogmática como sendo o instrumento que possibilita a análise do texto legal, a fim de decompor analiticamente os seus elementos e os reconstruir de forma coerente. Entretanto, asseveram que interpretar, não implica alterar o sentido de tais elementos, visto constituírem “dogmas” a serem respeitados. Ainda sobre o assunto, Ferraz Jr. (2013, p. 24-25) assim se manifesta: “Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, recunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. [...] Um exemplo de premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme é lei, para além da lei, mas nunca contra a lei”.

Fazendo alusão às lições de Bittar e Almeida (2015), a Grécia antiga como berço da civilização deixou seu legado no que tange a coroação do ser humano ao papel de protagonista de sua própria história. Neste contexto, vale destacar a importância do movimento sofista, por meio do qual se operou o abandono da cosmologia, do excessivo apego à natureza enquanto fator determinante do destino da humanidade, bem como, do misticismo que impedia o indivíduo de se considerar senhor de si mesmo.

Em que pese as críticas que, conforme Bittar e Almeida (2015), foram destinadas a esse movimento por Platão e Aristóteles²⁵, a sofística contribuiu para o surgimento da retórica, não sendo possível e nem sensato ignorar que a argumentação está diretamente relacionada ao convencimento e ambos à noção de verdade. Igualmente, no campo do Direito, esta relação entre argumentação e convencimento é de suma relevância, visto se tratar do elemento propulsor da jurisdição e sem a qual não haveriam teses a serem analisadas e valoradas.

É com Chauí (2000) que se verifica a importância do cartesianismo²⁶ e do empirismo²⁷, que embora se destinassem a versar sobre a origem do conhecimento, em larga medida, contribuíram para reforçar o interesse pela busca da verdade. Deste modo, percebe-se que esta intenção do ser humano não é recente, e para lograr êxito é que vem desenvolvendo mecanismos para aprimorar o seu conhecimento, bem como, o método que será utilizado na obtenção dos conteúdos verdadeiros.

Na seara criminal não poderia ser diferente, uma vez que a aplicação do Direito Processual Penal está intimamente relacionada à promoção de segurança aos jurisdicionados, de modo que esta segurança será tanto maior, quanto for a compatibilidade entre pronunciamento judicial e a conduta praticada por aquele que está sendo condenado. Igual relevância se atribui à adequada subsunção realizada pelo julgador, além, é claro, à consonância que deve haver entre os atos praticados no processo e as disposições legais e constitucionais.

²⁵ Ambos consideravam os sofistas como “homens desconhecedores das coisas, pseudo-sábios, que têm em vista somente contraditar a tudo e a todos, criar disputas, fomentar debates inócuos e vazios de sentido” (BITTAR e ALMEIDA, 2015, p. 105).

²⁶ Conforme Chauí (2000), as contribuições de Descartes que no século XVII, colocou-se a questionar todas as coisas ao seu redor e a eleger a dúvida como elemento condutor para o encontro da verdade, além do que, esta só viria à tona quando aquela deixasse de existir. Para Descartes, corpo e mente estavam separados, logo, atribuía à verdade a ideia de correspondência.

²⁷ De acordo com Chauí (2000). É o fruto das ideias de John Locke, também atuante no século XVII e que compreendia que corpo e mente estão interligados e não dissociados, sendo o conhecimento o resultado das sensações. Entendia ser necessário trilhar um caminho para chegar à verdade, sendo este caminho as experiências por meio das quais é possível obter sensações e emoções. Deste modo, conferia à verdade um sentido de probabilidade.

Lopes Jr. (2015) destaca que o processo penal precisa ser racional, na medida em que a decisão judicial, seja ela condenatória ou absolutória, deve ser o resultado lógico do que foi verificado empiricamente pelo juiz ao ter acesso às teses de defesa e acusação, bem como, aos elementos probatórios. Neste viés, o Direito e, notadamente, o Direito Processual Penal, inserido em um modelo constitucional guiado por preceitos democráticos, também persegue a verdade, tanto a que se relaciona com o evento criminoso e com a conduta que o gerou; quanto a que se refere à subsunção entre conduta e elementos prescritivos do texto legal.

Neste sentido, observa-se que segundo Ferrajoli (2002) a busca pela verdade no processo penal, surge como garantia cuja observância é necessária para propiciar a tutela dos direitos fundamentais. Trata-se de pressuposto de legitimidade das decisões proferidas pelo juízo penal, visto que no caso de comportamento jurisdicional diverso, não há que se falar em racionalidade do processo penal.

3.1.1 A noção de verdade no plano epistemológico

Como já destacado anteriormente, o processo penal é o instrumento a cargo do Estado para o exercício de seu poder punitivo, cuja racionalidade será tanto maior, quanto for o compromisso do ente estatal com a garantia dos direitos fundamentais. Assim sendo, Ferrajoli (2002), assevera que a verdade eleita como meta a ser alcançada, também pode estar presente em Estados autoritários, isto é, caracterizados pelo uso excessivo da força. Daí a importância de abordar as concepções de verdade, visto que elas se modificam conforme o modelo constitucional adotado.

Neste sentido, para Ferrajoli (2002) é possível conceituar a verdade como substancial ou material, formal e processual; de modo que se faz necessário informar tais concepções conforme segue:

A verdade classificada pelo autor, como substancial ou material, é aquela relativa às pessoas investigadas, em que a punição resulta muito mais da relação entre Direito e moral do que propriamente do caráter empírico do processo penal. O crime é associado à noção de pecado e à antisossialidade do indivíduo. Explica ainda que esta verdade é perseguida pelos modelos substancialistas do Direito Penal, por sua vez, antigarantistas e caracterizados pelo autoritarismo que os move, sendo possível citar a título de exemplo, o Nazismo alemão e o Stalinismo soviético, nos quais imperava o Direito Penal do autor e não dos fatos. Ou seja, punia-se pelo que o agente era e não pelo que fez.

Portanto, nos modelos penais que perseguem a verdade substancial são utilizados

critérios subjetivos de punibilidade, apoiados sobre características pessoais do acusado, ou seja, levam em consideração a sua periculosidade, sua propensão em delinquir, sua imoralidade, bem como, a reprovabilidade da conduta por ele praticada. Em linhas gerais, não há que se falar em obediência à legalidade, na medida em que impera o interesse do juízo em declarar a autoridade do Estado excessivamente punitivo.

Por conseguinte, Ferrajoli (2002) informa o conceito de verdade formal ou processual, sendo esta perseguida pelos modelos formalistas, os quais se encontram assentados na legalidade como fundamento de eventuais condenações. A punição é resultante de um trabalho de experimentação levada a cabo pelo juiz, de modo que o resultado deste experimento indica ser provável que o agente praticou o crime. Ou seja, a condenação somente será possível quando houver uma relação empírica entre provas e fatos, caso contrário, a absolvição é a medida que se impõe.

Em síntese, explica o mesmo autor que a verdade formal é relativa aos fatos e circunstâncias relevantes para o processo penal. Busca-se identificar se as teses jurídicas de acusação estão de acordo com o disposto no texto legal, para que assim ninguém seja acusado de ter praticado conduta que já não estivesse previamente definida como crime, bem como, se tais teses se encontram corroboradas pelas provas apresentadas, cujo método de produção deve estar normativamente preestabelecido. Informa ainda que a verdade formal não é absoluta e sim provável e opinativa.

Assim sendo, no modelo formalista, pautado então pela verdade formal ou processual, a punibilidade não advém do autor enquanto sujeito, mas sim da conduta por ele praticada, já descrita anteriormente no texto legal como crime, e cujas provas apresentadas foram produzidas e coletadas de acordo com as regras materiais e processuais. Observa-se o respeito à legalidade e a utilização de critérios intersubjetivos para se chegar à condenação, os quais visam antes de tudo, fazer do processo penal, instrumento de garantia das liberdades e não de arbítrio, a exemplo das verdades substancialistas.

Por conseguinte, o autor indica o conceito de verdade processual enquanto resultado de duas proposições jurídicas que devem ser empregadas pelo juiz na condução do processo penal, são elas, a verdade de fato e a verdade jurídica. A primeira consiste em verificar se o fato realmente ocorreu e se a sua prática se deve à conduta do acusado. Já a segunda, procura verificar se a conduta comprovadamente praticada configura o delito, ou seja, busca identificar se há compatibilidade entre o que o acusado fez e o que está descrito no texto legal por intermédio de seus enunciados. Sobre o assunto, convém destacar o seguinte:

Precisamente, a verdade da primeira é uma verdade fática, enquanto seja comprovável pela prova da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito incriminado; a verdade da segunda é uma verdade jurídica, enquanto seja comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito. A comprovação de uma das proposições é uma *quaestio facti*, resolúvel por via indutiva conforme os dados probatórios, enquanto a outra é uma *quaestio iuris*, resolúvel por via dedutiva conforme o significado das palavras empregadas na lei. A análise do conceito de "verdade processual" conduz, conseqüentemente, aos conceitos agora indicados de "verdade fática" e de "verdade jurídica", nos quais pode ser decomposto (FERRAJOLI, 2002, p. 40).

Portanto, para buscar a verdade fática, o juiz há de analisar as provas e a partir delas concluir se há probabilidade ou não de o agente ter realizado aquela conduta que deu origem ao fato ocorrido, isto é, ao crime. Frise-se que até este momento a análise do julgador é empírica e se encontra adstrita à relação de causa e efeito, ou seja, ainda não se passou à fase de verificação da incidência da norma penal. Neste sentido, Ferrajoli (2002) aduz que o magistrado desempenha atividade eminentemente histórica, na medida em que necessita compreender fatos, que por serem pretéritos, são também empiricamente inacessíveis. Daí a afirmação de que a verdade fática é aproximativa.

Uma vez comprovada a prática da conduta pelo agente, passar-se-á então, à análise dos enunciados prescritivos do texto legal, a fim de concluir se é caso de subsunção ou não, ou seja, se o agente realmente incorreu no tipo penal. Observe-se, que enquanto a verdade fática está assentada na relação empírica entre “prova - fatos – conduta”, a verdade jurídica repousa na semântica, visto se referir à compreensão dos significados dos termos que compõe o enunciado legal. À esta atividade do juiz, Ferrajoli (2002) a qualifica como “classificatória”.

Portanto, a busca pela verdade no processo penal é garantia contra os possíveis abusos de poder por parte do Estado. Persegui-la consiste, em última análise, a fazer da sentença o resultado lógico do que foi extraído da análise probatória alusiva aos fatos, ao mesmo tempo, em que figura como ferramenta de observância da legalidade, visto a necessária compatibilidade entre conduta e o enunciado que já deve estar previamente fixado no texto legal.

3.1.2 Características da atividade jurisdicional na condução do processo penal

Percebe-se que é longo o caminho percorrido pelo julgador até a aplicação da pena, na medida em que caberá a ele o exercício de atividades complexas (reconitiva, histórica e classificatória), sendo oportuno destacá-las com a finalidade de melhor compreender por quais motivos a atuação jurisdicional se mostra imprescindível para se aproximar da verdade processual.

Deste modo, convém ressaltar que o processo penal resulta na prolatação de uma sentença, isto é, de um mandamento jurisdicional que contém a aplicação do Direito material, sendo relevante informar que no Estado Democrático de Direito, visa promover um julgamento em conformidade com o devido processo legal, caso contrário careceria de legitimidade. Na condução deste processo se encontra o magistrado, destinatário das provas e dos argumentos aduzidos pelas partes, agente estatal incumbido da função de resolver o impasse que lhe é apresentado, além de promover com a sua decisão, a pacificação social.

Todavia, como indicado no tópico anterior, a convicção do julgador é produto de sua própria atuação, não isolada, mas em consonância com a atuação das partes processuais. Neste viés, o juiz necessita explorar os elementos levados ao seu conhecimento, e se necessário deverá atuar de forma positiva para o descobrimento de outros. Portanto, o magistrado é também um “historiador”, ao passo que objetiva extrair informações, e com isso compreender fatos cuja prática se deram em momentos passados.

Lopes Jr. (2015) assevera que se verifica na atualidade um abandono do já mencionado “Cartesianismo”, visto que o processo penal contemporâneo se destina a comprovar se um determinado ato humano ocorreu na realidade empírica. Por certo que a neutralidade que caracteriza o pensamento cartesiano não se mostra adequada para o processo penal, de modo que as premissas empíricas assentadas na observação e na experimentação têm o condão de conduzir o julgador à conclusão do que entende ser provável.

Ao abordar sobre a teoria pragmática, Chauí (2000, p. 125) assevera que “um conhecimento é verdadeiro por seus resultados e suas aplicações práticas, sendo verificado pela experimentação e pela experiência”. Assim sendo, no processo penal, o juiz “experimenta” as provas, observa os possíveis resultados obtidos por meio da experimentação e, finalmente, prolata uma decisão pautada em critérios probabilísticos. Em síntese, trata-se de atividade cognitiva.

Resalte-se que não é possível retornar ao passado e observar o momento em que se deu a suposta conduta investigada. Todavia, o conjunto probatório permite ao magistrado, retroceder de maneira fictícia, é claro, à ocorrência dos fatos, propiciando-lhe com isso se aproximar da chamada “verdade de fato”, para em seguida passar à análise da “verdade de direito”.

Neste diapasão, emerge a importância que as provas exercem sobre o convencimento do julgador, na exata medida em que a sua ausência ou fragilidade impede ou dificulta a atividade cognitiva e histórica jurisdicional. Em suma, deve haver uma compatibilidade entre alegações e provas apresentadas e de ambas com o fato investigado e a conduta

praticada. A incongruência resulta de maneira exiomática em favor do réu, que inevitavelmente deverá ser absolvido.

Ademais, além de explorar os elementos de prova e realizar um exercício recognitivo e histórico no processo penal, o juiz também tem o encargo de realizar a tafera de subsunção, isto é, analisar se os fatos comprovadamente praticados são compatíveis com os enunciados prescritos no dispositivo legal. À esta função do magistrado, como já mencionado, Ferrajoli (2002) intitula como sendo classificatória, pois visa extrair os significados das palavras que formam os preceitos mandamentais, permissivos ou incriminadores legais, conforme o caso.

Neste ponto, eis que reside o perigo, visto que uma única palavra pode dar sentido a múltiplos resultados e que esta atividade classificatória se caracteriza pela discricionariedade. Em outras palavras, enquanto na atividade histórica o pronunciamento judicial se encontra vinculado às provas apresentadas pelas partes ou produzidas a pedido do próprio juiz; na atividade classificatória não há qualquer vinculação, ou seja, neste caso caberá ao juiz realizar ou não a subsunção com base em critérios subjetivos utilizados na identificação dos signos.

Observa-se assim que há uma linha muito tênue entre a atividade classificatória exercida pelo magistrado na condução do processo penal, e o excesso do Estado no exercício de seu poder punitivo. Neste sentido, é preciso frisar que, embora o juiz conte com discricionariedade na adoção de critérios verificadores da compatibilidade entre conduta e elementos prescritivos, bem como, que se encontra superada a noção de julgador completamente neutro às influências externas, não lhe é permitido recair no solipsismo²⁸, uma vez que, conforme Streck (2010), a decisão judicial há de expressar a vontade do poder estatal e não a dor ser que julga.

O exposto permite a constatação de que os Tribunais Superiores, não realizam atividade histórica, na medida em que não analisam matéria fática. O mesmo não se pode dizer acerca da atividade classificatória, ao passo que cabe a tais órgãos jurisdicionais se pronunciar definitivamente acerca de matéria de direito de sua competência. Portanto, compreende-se que o precedente em que fora reconhecido o delito de ameaça espiritual, é

²⁸ Trata-se, segundo Streck (2010), de uma construção filosófica assentada no *cogito ergo sum* de Descartes, pelo qual o sujeito acredita que o conhecimento está fadado a ser fruto de suas experiências pessoais. O sujeito controla o mundo, na medida em que tudo ao seu redor, é exatamente o que ele imagina e decide que é. Deste modo, o juiz solipsista é incapaz de sair de si mesmo, ou seja, de se desfazer de suas crenças, certezas e subjetividades no momento de decidir. Informa ainda o autor que no solipsismo, a sentença é o “sentir”, o que implica dizer que o elemento decisório está intrinsecamente interligado às sensações do sujeito, neste caso o juiz. Todavia, tem-se que a sentença como ato jurisdicional que almeja pôr fim ao conflito entre as partes, não pode resultar das sensações do magistrado, pois o universo é ambiente compartilhado em que os sujeitos devem prestar contas uns aos outros. O universo é ainda, ambiente de significância, de modo que para compreendê-lo será necessário romper com o “eu” solipsista que deseja comandar o mundo. Em suma, é o juiz que decide exclusivamente conforme sua consciência.

consequência desta atividade classificatória leva a cabo pelo STJ.

Finalmente, importa destacar que incumbe aos tribunais superiores a efetivação do controle da atividade jurisdicional realizada pelas instâncias inferiores, o que implica dizer, que é sua tarefa observar e velar para que os julgadores se conduzam em direção à verdade ao longo do processo penal, atribuindo-lhe com isso a racionalidade necessária para conferir efetividade à garantia constitucional de ir e vir do indivíduo.

3.2 DO CARÁTER POTESTATIVO DO JUÍZO PENAL NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.021

Com base em tudo o que até aqui foi exposto, é possível observar que em um Estado Democrático de Direito, a condenação penal não pode prosperar em detrimento das garantias em matéria penal constitucionalmente asseguradas a todo indivíduo. No caso de se verificar o excesso do poder punitivo, estar-se-ia diante da arbitrariedade estatal e, conseqüentemente, da ilegitimidade da função jurisdicional. Portanto, faz-se necessário abordar acerca da atuação do STJ no julgamento do recuso especial acima referido e à luz das garantias que visam dar sustentação aos direitos humanos e fundamentais.

Posto isso, convém ressaltar que de acordo com Ferrajoli (2002) o modelo de Estado ideal é aquele que propicia a máxima ampliação das liberdades civis, ao mesmo passo que reduz ao mínimo possível o poder do Estado. Todavia, precisa encontrar o meio termo entre o abolicionismo e o autoritarismo, ou seja, não se admite a ausência de regras que se destinem à limitar a atuação dos indivíduos no convívio social; como também não se tolera que o ente estatal seja arbitrário e imponha o uso de sua força sem considerar qualquer limitação.

Disso resulta, mais uma vez, na importância da racionalidade do processo penal, por meio da qual serão observadas garantias necessárias para alargar o campo das liberdades humanas. Nota-se com isso, que a própria legitimidade da atuação jurisdicional é reforçada, na medida em que os excessos do poder punitivo são controlados.

Entretanto, segundo Ferrajoli (2002) há dois aspectos que desviam este modelo de Estado e, por consequência, esvaziam as garantias que ele visa tutelar. O primeiro consiste na concepção substancialista de “desvio punitivo”, segundo a qual o objeto de que o Direito Penal se ocupa, não é, necessariamente aquele que está previsto formalmente na lei, mas sim o que resulta da relação entre crime e imoralidade, ou ainda da conotação de crime como sinônimo de pecado ou fenômeno patológico. Já o segundo corresponde ao “decisionismo judicial”, entendido como o caráter potestativo do juízo penal, em que a aplicação da pena decorre

exclusivamente de valorações subjetivas do julgador, isto é, não há comprovação da prática delituosa.

Como se denota, ambos recaem sobre a “legalidade”, de modo que o conteúdo previsto no texto da lei penal, deixa de ser a premissa orientadora para a formulação do pronunciamento jurisdicional, passando este a se sustentar em critérios de valoração subjetiva, e, portanto, indiscutível. Assim sendo, verifica-se que nos casos em que o julgador conduzir o processo penal, sem, contudo, lançar mão de meios para buscar a verdade processual, a condenação obtida ao seu término, será a flagrante demonstração de que as garantias do acusado não foram respeitadas.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, como já frisado no primeiro capítulo (ítem 1.2), a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório e a legalidade são garantias que não podem ser inobservadas, sob o risco de resultar na maximização do poder institucionalizado em detrimento dos direitos humanos, cuja efetivação, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2015), constitui a finalidade última do Direito Penal, e, consequentemente a do próprio Direito Processual Penal, na medida em que, por meio deste, aplica-se aquele.

Assim sendo, importa destacar a posição de Lopes Jr. (2013, p. 864) acerca das exigências que devem ser cumpridas pelo julgador na irrogação da pena, sendo certo que o descumprimento das mesmas, violam a racionalidade processual, bem como, a legitimidade da jurisdição:

No modelo constitucional não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado por meio de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido.

Ademais, observa-se que o posicionamento acima referido, está assentado na constatação de que, quaisquer reprimendas passíveis de aplicação por meio do processo penal, são dotadas de caráter repressivo e retiram do indivíduo, ainda que provisoriamente, a possibilidade de exercer direitos que, naturalmente, devem ser assegurados pelo Estado, como é o caso da liberdade de locomoção e da própria condição de cidadania. Dito isso, torna-se evidente os motivos que geram a complexidade em torno da atividade jurisdicional no âmbito criminal.

Ademais, importa destacar que aparentemente o STJ realizou interpretação extensiva,

na medida em que considerou grave o mal espiritual. Sobre este assunto, é necessário fazer referência aos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli (2015) que asseveram que os tipos penais apresentam em sua estrutura, limites semânticos, além dos quais não é possível estender a punibilidade, caso assim se proceda, estar-se-ia infringindo o princípio do favor-rei, que para ambos não se restringe ao processo penal, na medida em que também possui vigência material.

Assim sendo, da análise do acórdão prolatado pelo STJ no julgamento REsp. nº 1.299.021, em que foi reconhecido o delito de ameaça espiritual, emergem várias indagações, como as que seguem: ao reconhecer o delito de ameaça espiritual, a legalidade e todas as demais garantias em matéria penal previstas no texto constitucional foram respeitadas pelo STJ? Cumpriu a corte superior, com a sua tarefa de verificar se o juízo *a quo*, por meio da experimentação das provas, conduziu-se em direção à verdade de fato? A ampliação do termo “mal grave” para comportar o termo “mal espiritual”, é medida que afronta a legalidade? E finalmente, teria o Direito Penal deixado de ser matéria de ordem pública à luz do protagonismo judicial do STJ no julgamento do recurso em referência?

Pelo exposto, conclui-se que o tema é complexo e demanda reflexões críticas, todavia, o que se pode dizer, é que se trata de precedente de duvidosa legitimidade, na medida em que deriva insegurança jurídica, sobretudo, por dar azo a questionamentos como os que acima foram levantados, o que indica, portanto, que se trata de posicionamento jurisprudencial revestido de aparente legalidade.

3.3 DA VERDADE COMO CONSENSO PARA O STJ

Com base no que foi exposto até aqui, é possível observar que a Corte Superior reconheceu o delito de ameaça espiritual, ao fundamento de que boa parte do povo brasileiro acredita em fenômenos espirituais, logo, com esteio na liberdade de crença religiosa, consagrada no artigo 5º, VI, da Constituição Federal de 1988, não há que se falar que tais condutas são fantasiosas, e não possuem capacidade de intimidação.

Assim sendo, percebe-se que, em vez do referido acórdão resultar de um processo penal racionalizado, caracterizado pela busca da verdade processual; adotou-se a concepção de verdade como consenso, que segundo Chauí (2000) possui origem hebraica, é denominada *Emunah* e está assentada na confiança recíproca entre sujeitos pactuantes, isto é, funda-se no consenso e na confiança acerca do estabelecido como verdadeiro e falso.

Em síntese, reconheceu-se que, porque boa parte dos brasileiros acreditam que tais

fenômenos podem ocorrer, ou seja, porque possuem este consenso e concordam nestes termos; não é possível sustentar posição diversa. Entretanto, em matéria processual penal, não se admite que uma decisão condenatória, com todos os prejuízos que dela podem decorrer, possua o seu fundamento assentado em premissas consensuais. Neste sentido, faz-se oportuno destacar o seguinte:

[...] Nem basta que recebam o consenso da comunidade. Nem uma amplíssima maioria e nem sequer a totalidade dos consentidos podem justificar que se aceite como pressuposto de uma decisão penal uma tese não provada ou não submetida à prova. Não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no interesse e na vontade de todos. [...] No direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a "verdade" precisamente no sentido da "correspondência" mais aproximada possível da motivação às normas aplicadas e aos fatos julgados (FERRAJOLI, 2002, p. 56). (Grifou-se).

Ademais, é ainda possível observar que o referido acórdão, é o resultado do consenso que vigora entre os membros do STJ que participaram do respectivo julgamento. Isto é, na ausência de provas e de elemento normativo do tipo penal, o reconhecimento da ameaça espiritual se deu em decorrência das valorações subjetivas dos julgadores.

Com efeito, ao que tudo indica, ignorou-se o caminho que precisa ser percorrido para chegar à aplicação da pena, assim como também, desprezou-se o método dogmático, que segundo Zaffaroni e Pierangeli (2015) há de ser o adotado pelo Direito Criminal. Portanto, o o que se pode concluir, é que o precedente em questão, também coloca em risco a tutela das garantias constitucionais em matéria penal, por constituir mais a expressão de um consenso firmado entre indivíduos, do que a vontade do Estado, enquanto responsável pelo bem comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do presente trabalho monográfico, pode-se observar que o reconhecimento pelo STJ, da ameaça espiritual enquanto conduta delituosa, viola garantias constitucionais cuja observância é fundamental em um Estado Democrático de Direito. Como se observou os pontos controvertidos que foram extraídos a partir da análise do acórdão em referência, demonstram que a dogmática jurídica, equanto método adotado pelo Direito Criminal, não foi aplicada de forma adequada, na medida em que a legalidade penal restou violada.

Com efeito, constatou-se que o delito de ameaça espiritual, em larga medida, trata-se de delito que carece de materialidade. Portanto, reconhecê-lo significa desprezar o papel tão importante que as provas exercem para o convencimento do julgador, visto que é sobre elas, que ele há de se debruçar, a fim de se aproximar da verdade dos fatos. Ademais, verificou-se que a conduta é atípica, por falta de elemento normativo do tipo penal, assim como também se constatou, ofensa à laicidade, a qual se impõe ao Estado brasileiro por meio de diploma legal. Por conseguinte, observou-se que o posicionamento jurisprudencial é incoerente, em virtude da possibilidade de ser utilizado para invocar excludente de culpabilidade, gerando assim, insegurança jurídica.

Verifica-se que, por meio da atuação jurisdicional descompromissada pela busca da verdade processual, o Estado ultrapassou os limites que lhe são impostos, e incorreu em flagrante abuso de poder e autoridade. Contudo, não é possível admitir que no contexto do atual modelo constitucional, ainda existam processos penais irracionais, cuja condenação seja mais a expressão da vontade de um grupo de indivíduos, do que a vontade do próprio poder político.

Ademais, a atuação jurisdicional é também determinante para fazer do processo penal, o instrumento a favor da tutela das liberdades humanas, e isto ocorre na medida em que a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório, a duração razoável do processo e a legalidade, são devidamente observadas. Toda vez que alguma destas garantias são

relativizadas ou mesmo descumpridas na totalidade, o poder estatal se eleva a níveis tão altos que se torna impossível manter o equilíbrio entre o abolicionismo e autoritarismo.

Assim sendo, deve ser assegurado ao indivíduo ser processado e condenado somente por ter comprovadamente praticado conduta já tipificada no texto da lei penal como crime. Igualmente, é preciso considerar esta premissa como matéria de ordem pública, o que implica dizer que não podem os órgãos do Poder Judiciário mudarem o sentido do texto legal que descreve um tipo incriminador; assim como também não podem ignorar a obrigatoriedade da acusação e defesa sustentarem suas teses por meio de elementos probatórios.

Neste viés, observa-se que o STJ falhou na sua tarefa de controle da legalidade, e ainda no exercício de sua função política, pela qual deve o juiz se atentar para o seu compromisso com a sociedade e com os problemas que a atingem. Ou seja, aparentemente a corte superior trilhou o caminho inverso, ao passo que com seu posicionamento, não fez outra coisa senão enfraquecer garantias constitucionais; e como se não bastasse, ainda gerou a oportunidade para que outros órgãos do Poder Judiciário, caso queiram, decidam do mesmo modo. Em linhas gerais, em vez de resolver os problemas que assolam a sociedade cotidianamente, acabou por gerar outros novos.

Em síntese, o reconhecimento do delito de ameaça espiritual, demanda reflexões críticas acerca da ausência de formas efetivas de limitação do poder estatal. Percebe-se que o decisionismo é cada vez mais recorrente no âmbito do Direito Criminal, na medida em que, a atuação jurisdicional tem resultado na criação de tipo penais, função que sabidamente não foi reservado ao Poder Judiciário pela Constituição Federal de 1988.

Dito isso, claramente é possível concluir que o referido delito é construção jurisprudencial, que constitui a verdadeira expressão do caráter potestativo do juízo penal, na medida em que resulta da irracionalidade do processo penal, e por via de consequência, gera o alargamento do campo de incidência do poder estatal e o esvaziamento das garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Ciência política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, nº 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL. Código penal: Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 23911, 31 dez. 1940. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL. Código de processo penal: Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial de União**, Brasília, p. 19699, 13 out. 1941. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL, Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispões sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 15033, 27 set. 1995. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.299.021. Priscila Estephanovichil e Ministério Público do estado de São Paulo. Rel. Min. Rogerio Shietti Cruz. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2017. In: **Dje**. 23 fev. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69470208&num_registro=201200029226&data=20170223&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.571.527. Caetano Alfredo Silva Pinheiro e Ministério Público Federal. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 6 de outubro de 2016. In: **Dje**. 25 out. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=64020712&num_registro=201503069384&data=20161025&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 126.292. Marcio Rodrigues Dantas e Maria Claudia de Seixas. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. In: **Dje**. 15 mai. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID>>.

=10964246>. Acesso em: 07 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 139.612. Bruno Fernandes das Dores de Souza e Lucio Adolfo da Silva e outros. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2017. In: **Dje**. 24 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5114135>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 139.612. Bruno Fernandes das Dores de Souza e Lucio Adolfo da Silva e outros. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 25 de abril de 2017. In: **Dje**. 9 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5114135>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAIXEIRO, Bruno Milenkovch. **Ordenamento jurídico penal (tributário): reflexões críticas**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva 2014. v.1.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, A. C. de Araújo; GRINOVER, A. Pelegrini; DINAMARCO, C. Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DOMINGOS, Marília De Franceschi Neto. Ensino religioso e Estado laico: uma lição de tolerância. **Revista de estudos da religião**, p. 45-70, set. 2009. Disponível em: <http://www.pucsp.br/rever/rv3_2009/t_domingos.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 8. ed. Niterói: Editora Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 6

JESUS, Damásio de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARDEC, Allan. **O livro dos espíritos**: os princípios da doutrina espírita sobre a imortalidade da alma, a natureza dos espíritos e suas relações com os homens, as leis morais, a vida presente, a vida futura e o futuro da Humanidade, segundo o ensinamento dado pelos espíritos superiores com o concurso de diversos médiuns. Tradução de: Maria Lucia Alcantara de Carvalho. Rio de Janeiro: CELD, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral arts. 1º a 120 do CP. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v.1.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.

_____. **Código penal comentado**. 14. ed. São Paulo: Editora Forense, 2015.

RIBEIRO JR., João. **Teoria geral do Estado & ciência política**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

RIO GRANDE DO SUL, **Tribunal de Justiça**. Apelação Criminal n.º 70050256353. Ernesto de Freitas Prado e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque. Porto Alegre, RS, 13 de setembro de 2012. In: **Dje**. 1 out. 2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22447592/apelacao-crime-acr-70050256353-rs-tjrs/inteiro-teor-110687282#>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n.º 990.09.355455-0. Priscila Estephanovichil e Ministério Público do estado de São Paulo. Rel. Des. Wilson Barreira. São Paulo, SP, 14 de outubro de 2010. In: **Dje** 21 out. 2010, caderno 2 - judicial - 2ª instância. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_990093554550_SP_1289478507056.pdf?Signature=%2FabeuPh5OrW5FUrSQRuRoLw2dKo%3D&Expires=1511804241&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=deab36e95bb64e1556a31bb89cb4b375>. Acesso em: 26 ago. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2016/Bol17_03.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.